Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

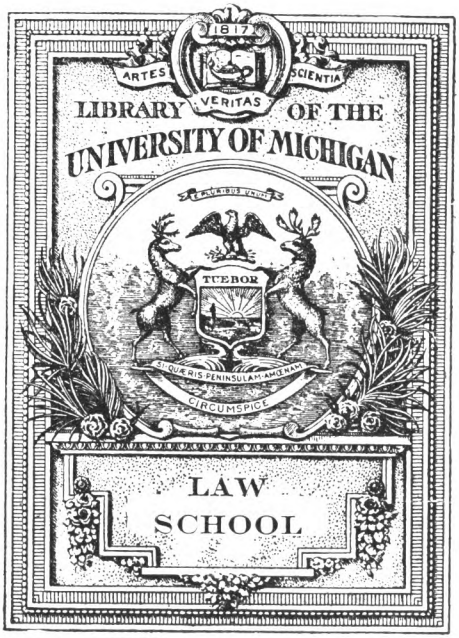
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

K26 .E78



Digitized by Google

(H12
V57)

Digitized by Google

Printed in Germany

Digitized by Google

Verwaltungsarchiv

Zeitschrift

für

Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Herausgegeben von

Dr. M. Schultzenstein und Alfred von Keil

Senatspräsidenten d. Preuß. Oberverwaltungsgerichts, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat

Wirkl. Geh. Oberregierungsrat und vortr. Rate im Ministerium des Kgl. Hauses

Siebenundzwanzigster Band

Berlin W 8

Carl Heymanns Verlag

1919

Digitized by Google

Zitierweise des deutschen Juristentags: **Verw.Arch.**

Verlags-Archiv 6751.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

A. Abhandlungen.

Seite

I. Dr. Scholz, Senatspräsident des Oberverwaltungsgerichts a. D., Wirkl. Geh. Oberregierungsrat in Charlottenburg. Die polizeirechtliche Gefahr. Begriff, Erkennbarkeit und richterliche Nachprüfung besonders bei Polizeiverordnungen 1

II. D. Dr. Schoen, Geh. Justizrat, ordentl. Professor der Rechte an der Universität Göttingen. Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren 85

III. Hallbauer† Geheimer Rat, Senatspräsident a. D., Die Zusammenrechnung des Vermögens der Ehegatten bei der Besitzsteuer 167

IV. Appelius, Landesrat, Dozent an der Hochschule für kommunale Verwaltung u. an der niederrheinischen Frauenakademie in Düsseldorf, Bevölkerungspolitik und Beamtenwitwen- und -Waisenversorgung 185

V. Dr. jur. Otto Lohmann, Stadtrat in Königsberg i. Pr., Voraussetzungen für die Bildung von Eigenjagdbezirken aus Seen, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen nach der preußischen Jagdgesetzgebung 207

VI. Dr. Franz Dochow, Professor in Heidelberg, Feldpolizei . 217

VII. Dr. Vogels, Regierungsassessor in Gumbinnen, Willensmängel bei der Beamtenanstellung 247

VIII. Dr. Adolf Merkl, Ministerialvizesekretär in Wien, Staatszweck und öffentliches Interesse 268

IX. Dr. Bühler, Privatdozent in Breslau, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht. (Zweite Auflage.) Seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform . 283

X. Dr. Adolf Arndt, Geheimrat, Professor in Charlottenburg, Erlaß und Änderung von Universitätsstatuten 349

131903

Digitized by Google

XI. Holzapfel, Oberlandeskulturgerichtsrat, Geheimer Oberjustizrat in Berlin, Die freien Genossenschaften des Wassergenossenschaftsgesetzes vom 1. April 1879 362

XII. Dr. Eugen Josef, Rechtsanwalt in Freiburg i. Br., Ersatzansprüche Dritter gegen den Armenverband aus auftragloser Geschäftsführung, die Verjährung der Ersatzansprüche der Armenverbände gegen Dritte und Ersatzansprüche gegen leibgedingepflichtige Hofbesitzer 377

XIII. Dr. Max Schultzenstein, Senatspräsident, Wirklicher Geheimer Oberregierungsrat, Zur Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr 394

B. Besprechungen 151, 221, 314, 432

Kurze Anzeigen 164, 330, 436

C. Gesetzgebung.

I. Dr. Schultzenstein, Das Verfahren vor dem Reichsfinanzhofe 289

II. Dr. Schultzenstein, Die Neugestaltung der Einziehung öffentlicher Wege 334

III. Pfeiffer, Regierungsrat in Halle a. S., Zur Reform der Disziplinargesetzgebung 438

Alphabetisches Sachregister 469

Verzeichnis der besprochenen Schriften 492

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

I.

Die polizeirechtliche Gefahr.

Begriff, Erkennbarkeit und richterliche Nachprüfung besonders bei Polizeiverordnungen.

Von Herrn Senatspräsidenten des Oberverwaltungsgerichts a. D., Wirklichen Geheimen Oberregierungsrat Dr. Scholz in Charlottenburg.

Inhaltsübersicht.

I. Aufgabe der Polizei.
II. Schaden oder Nachteil (Belästigung). — Zu schützende Güter.
III. Objektive Möglichkeit eines Schadens.
IV. Beurteilung der Möglichkeit eines Schadens als Gefahr.
V. Regelwidrigkeit der polizeirechtlichen Gefahr.
VI. Unbestimmtheit des Begriffs der Gefahr. — Nachprüfung des Verwaltungsrichters.
VII. Erkennbarkeit der Gefahr.
VIII. Gefahr als Voraussetzung von Polizeiverordnungen.
1. Abstrakte Gefahr.
2. Grenze der richterlichen Nachprüfung.
a) Standpunkte der Rechtsprechung.
b) Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit.
c) Ergebnis.

I. Aufgabe der Polizei.

Angesichts der furchtbaren Gefahren des Krieges mag es wenig zeitgemäß erscheinen, von den im Verhältnisse hierzu so ge-

Digitized by Google

ringen Gefahren des gewöhnlichen Lebens zu reden. Aber das gewöhnliche Leben nimmt doch, soweit es nicht unmittelbar vom Kriege berührt wird, seinen Fortgang, und die Sorge für einen ungestörten Verlauf wird den Behörden nicht abgenommen. Auch jetzt hat die Polizei ihres Amtes zu walten, und der Blick richtet sich weiter auf eine Zeit, in der dies wieder ohne die Erschwerungen des Krieges wird geschehen können.

Aufgabe der Polizei ist es, Gefahren abzuwenden. Darin wurde im Gegensatze zur sogenannten Wohlfahrtspolizei das Wesen der früheren Sicherheitspolizei gefunden [1]). Wenn jetzt die herrschende Lehre in der zwangsweisen Einschränkung der natürlichen Handlungsfreiheit die Eigentümlichkeit der Polizei erblickt [2]), so wird doch nicht bezweifelt, daß die Zwangsgewalt der Obrigkeit zur Abwendung von Gefahren zu dienen hat, und daß deren Abwendung, wenn nicht die ausschließliche, so doch eine hauptsächliche Aufgabe der Polizei bildet [3]). Im § 10 II 17 ALR. wird die Sicherheitspolizei erläutert [4]) und neben Erhaltung der öffentlichen Ruhe,

---

[1]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 214, Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., S. 643. Der Wohlfahrtspolizei stellt Walter Jellinek, — Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung S. 270 ff., — die „Gefahrenpolizei" gegenüber. Nach Ausspruch des Oberverwaltungsgerichts (Entscheidungen Bd. 67 S. 402 ff.) ist die Aufgabe der Polizei in der neueren Rechtsentwicklung „unter Ausscheidung des Wohlfahrtszwecks im wesentlichen auf den Sicherheitszweck, auf den Schutz gegen Gefahren beschränkt worden".

Außer Betracht bleibt hier der Begriff der Sicherheitspolizei im heutigen engeren Sinne, der von der Verwaltungspolizei unterschieden wird (vgl. Jebens im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 23 S. 625 ff. und Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., S. 245 ff.)

[2]) Bornhak im Verwaltungsarchive Bd. 5 S. 139, Rosin a. a. O. S. 131, Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts S. 8, 259.

[3]) Meyer-Anschütz a. a. O. S. 644 ff., Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., S. 369 ff., Lorenz Stein, Die Verwaltungslehre, 2. Teil, S. 65 ff., 4. Teil, S. 2 ff., 27, 88 ff.

[4]) Rosin, Der Begriff der Polizei S. 40, Fleiner a. a. O. S. 361. Wenn § 10 II 17 ALR., wie Rosin (Polizeiverordnungsrecht S. 245) es ausdrückt, nur einen Niederschlag der alten Sicherheitspolizei enthält, nicht mehr, so kann nicht zweifelhaft sein, daß sein Inhalt im ganzen preußischen Staatsgebiete Geltung hat, soweit nicht durch Spezialgesetze die Befugnisse der Polizei erweitert oder eingeschränkt sind; denn die Befugnisse der Obrigkeiten umfaßten nach der ganzen Rechtsentwicklung in allen landesherrlichen Territorien die Sicherheitspolizei (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts

Digitized by Google

Sicherheit und Ordnung als Amt der Polizei bezeichnet, vom Publikum[5]) und von dessen einzelnen Mitgliedern Gefahren abzuwenden. Gefahren erscheinen, weil sie Unsicherheit hervorrufen, als Gegensatz zur Sicherheit[6]). Aber auch die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung erfordert die Abwendung von Gefahren, insbesondere von solchen, die der Allgemeinheit — dem Gemeinwesen und der Gesellschaft — drohen. Von einer Gefahr für die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung ist in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts häufig die Rede[7]). Daß

Bd. 67 S. 402 ff.). Für die Abwehr von Gefahren, für die Sicherheitspolizei galt nach Otto Mayer (a. a. O. S. 215 ff.) entsprechend den herrschenden naturrechtlichen Anschauungen die Zwangsgewalt als selbstverständlich. Die Spezialgesetze der einzelnen Landesteile stehen der subsidiären Geltung des Inhalts des § 10 II 17 ALR. nicht entgegen. Es braucht also nach einem weiteren Grunde für dessen allgemeine Geltung nicht gesucht zu werden (vgl. Friedrichs, Das Polizeigesetz S. 2 ff.). Anders würde es sich verhalten, wenn der Inhalt des § 10 über die Sicherheitspolizei hinausginge. Daß die Erhaltung der öffentlichen Ordnung nach gemeinem Rechte ebenfalls zum Amte der Polizei gehört, hat das Oberverwaltungsgericht angenommen (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 17 S. 257 l.).

[5]) Unter „Publikum" ist eine unbestimmte Anzahl einzelner Privatpersonen zu verstehen (Schilling im Verwaltungsarchive Bd. 2 S. 513, Rosin, Begriff der Polizei S. 59).

[6]) Abwendung von Gefahren ist nach Rosin (Begriff der Polizei S. 63) Erhaltung der Sicherheit.

[7]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 1 S. 321 ff., wo von einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung gesprochen wird, Bd. 18 S. 410, betreffend die „Gefahr — die staatlich gesicherte Ordnung des Geldumlaufs zu verwirren", Bd. 21 S. 408, wo erörtert wird, ob die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch den Gebrauch einer roten Fahne unmittelbar gefährdet werde, Bd. 24 S. 312, wonach es zu den Aufgaben der Polizei gehört, gegen eine „dem Publikum oder dessen Mitgliedern (durch eine Theateraufführung) drohende Gefahr der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit einzuschreiten", und die öffentliche Aufführung eines Schauspiels als Ursache der „Gefährdung der Ordnung oder Sittlichkeit" bezeichnet wird, Bd. 29 S. 432 ff. und Bd. 47 S. 334 ff. sowie Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 22 S. 205 r., wo gleichfalls in bezug auf Theaterzensur von einer „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Sittlichkeit" oder einer „Gefahr" für diese geredet wird, Bd. 41 S. 436, wo in der Bemalung eines Tores mit den dänischen Farben eine „Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit" gesehen wird, Bd. 39 S. 295 und Bd. 44 S. 343, wo bei Herabsetzung einer Polizeistunde erwogen wird, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die „öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet" und ob zur Abwendung der drohenden „Gefahr" das gewählte Mittel geboten oder doch

Digitized by Google

die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung wesentlich in der Abwendung von Gefahren besteht, ergibt sich aus § 3 der Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörden usw. vom 26. Dezember 1808, wonach die Landespolizeibehörden berechtigt und verpflichtet sein sollen, „allem vorzubeugen und solches zu entfernen, was dem Staate und seinen Bürgern Gefahr oder Nachteil bringen kann, mithin die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu treffen“ [8]). Von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sprach auch § 9 des preußischen Vereinsgesetzes vom 11. März 1850, während das Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908 in dem entsprechenden § 7 nur eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit berücksichtigt [9]). Ist der Unterschied zwischen öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung, wie manche meinen, darin zu finden, daß erstere die Abwehr schwererer, letztere die Abwehr geringerer Gefahren bedeutet [10]), so geht hieraus hervor, daß die Abwehr von Gefahren zu beiden gehört.

Aus der Aufgabe der Polizei, Gefahren abzuwenden, folgt, daß es zur sicheren Handhabung der Polizeigewalt beiträgt, wenn der Begriff der Gefahr möglichst ergründet oder doch festgestellt wird, nach welchen Gesichtspunkten über das Vorhandensein einer

---

dienlich sei, Bd. 67 S. 366, wo bezüglich des unzulässigen Branntweinausschankes von einer Gefahr für die öffentliche Ordnung die Rede ist, usw. Daher besteht nicht, wie Gerland (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 28 S. 201) annimmt, ein Gegensatz zwischen der Abwendung von Gefahren und der Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung. Die öffentliche Sicherheit wird dadurch aufrecht erhalten, daß von der Allgemeinheit Gefahren abgewendet werden (Biermann, Privatrecht und Polizei S. 16).

[8]) Wenn den Regierungen außer dieser Fürsorge in negativer Hinsicht nach § 3 der Verordnung vom 26. Dezember 1808 auch die positive Förderung des Gemeinwohls zur Pflicht gemacht ist, so läßt dies die Bedeutung der Pflicht zur Abwendung von Gefahren unberührt. Bemerkt sei, daß die Erwähnung des Nachteils neben der Gefahr nicht der von den Verfassern des Allgemeinen Landrechts gewollten Einschränkung der Polizeigewalt entspricht (vgl. die Ausführung unter II, 1).

[9]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 55 S. 285 ff. Siehe auch § 15 a des Jagdpolizeigesetzes vom 7. März 1850 und Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 11 S. 293 ff.

[10]) Schilling a. a. O. S. 516, Delius, Deutsches Vereinsrecht, 4. Aufl., S. 449. Siehe auch v. Bitter, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, 2. Aufl., Bd. 2 S. 212 unter „Öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung“.

Digitized by Google

Gefahr zu urteilen ist. Die Erfahrung lehrt, wie oft sich die Polizeibehörden darüber schlüssig zu machen haben, ob eine Gefahr vorliege, die ihr Einschreiten rechtfertige. Nur eine solche Gefahr nennen wir eine polizeirechtliche, während der Gefahrbegriff auch auf anderen Gebieten verwendet wird [11]). Eingehendere wissenschaftliche Untersuchungen sind, soweit ich sehe, der polizeirechtlichen Gefahr bisher nicht gewidmet worden [12]). Der reichhaltigen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts sind allerdings wertvolle Gedanken zu entnehmen. Außerdem hat sich aber die Strafrechtswissenschaft lebhaft mit dem Begriffe der Gefahr beschäftigt [13]), weil mehrfach nicht bloß die Verletzung eines Gutes, sondern auch dessen Gefährdung mit Strafe bedroht ist [14]) und zum Tatbestande verschiedener Strafgesetze die Entstehung einer Gefahr gehört. In der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung wird zum Teil eine objektive Gefahr überhaupt geleugnet und die Gefahr als ein Erzeugnis menschlicher Unwissenheit aufgefaßt [15]). Dem sind jedoch andere entgegengetreten, insbesondere unter Verwertung des Begriffs der objektiven Möglichkeit, den von Kries entwickelt hat [16]). Diese Erörterungen lassen sich, wie ich denke, auch dazu verwerten, den Einblick in das Wesen der polizeirechtlichen Gefahr zu vertiefen.

Bevor jedoch auf den Begriff der polizeirechtlichen Gefahr und ihr Verhältnis zum Eintritt eines Schadens eingegangen werden kann, müssen wir wissen, was hier unter einem Schaden zu verstehen ist, und der Frage, welche Güter davon betroffen werden können, eine Betrachtung zuwenden.

---

[11]) Hiervon wird unter V a. E. gesprochen werden.

[12]) Binding (Die Normen und ihre Übertretung, 3. Aufl., Bd. 1 S. 401) bemerkt, die Untersuchung über das Wesen der Polizeigefahr sei fast ganz vernachlässigt.

[13]) Siehe die Literaturangaben bei v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., S. 125, und bei Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Bd. 1 S. 104 ff.

[14]) Über Gefährdungsdelikte vgl. Binding a. a. O. S. 119 ff., 326 und 368 ff.

[15]) Finger a. a. O. S. 271, v. Buri im Gerichtssaale Bd. 44 S. 324 ff., Lammasch in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 238 ff., 295 ff. sowie Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 8 S. 202.

[16]) v. Kries, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung S. 87 ff. und in der Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12. Jahrg. S. 187 ff., 290 ff., Traeger, Der Kausalbegriff S. 120 ff., v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, 2. Aufl., S. 12 ff.

Digitized by Google

II. Schaden oder Nachteil (Beläſtigung). — Zu ſchützende Güter.

1. Die Gefahr iſt zu unterſcheiden von dem Schaden, der befürchtet wird [17]); ſie geht dem Eintritte des Schadens voran. Indes wird dieſer Unterſchied von dem Sprachgebrauche nicht immer feſtgehalten, ſondern unter Gefahr auch wohl der Schaden ſelbſt verſtanden [18]), namentlich wenn vom Drohen oder Abwenden einer Gefahr die Rede iſt. Es kann zweifelhaft ſein, ob mit der „bevorſtehenden Gefahr" im § 10 II 17 ALR. die Gefahr gemeint iſt, zu der ſchon ihrem Begriffe nach ein Bevorſtehen — nämlich das Bevorſtehen des Schadens — gehört und nicht vielmehr der Schaden, deſſen Bevorſtehen die Lage zur Gefahr macht. Die Bezeichnung des Schadens als bevorſtehend würde den Sinn haben, daß dem Eintritte des Schadens vorgebeugt, nicht bis zu ſeinem Eintritte gewartet werden ſoll; die Bezeichnung der Gefahr als bevorſtehend würde bedeuten, daß es auch nicht bis zum Bevorſtehen der Gefahr kommen ſoll, ſondern ſchon vorher einzuſchreiten iſt, da der Gefahr wieder ein Zuſtand oder Ereignis vorhergehen kann, wodurch ein Einſchreiten zur Abwendung des Eintritts einer Gefahr gerechtfertigt wird [19]). Erſtere Meinung findet eine Stütze in der nicht unwahrſcheinlichen Annahme, daß das Allgemeine Landrecht, Pütter folgend, der Polizei die „cura avertendi mala futura", alſo die Sorge für Abwendung von künftigen (bevorſtehenden) Übeln (Schäden), hat auferlegen wollen [20]). Aber auch

[17]) Nach einer noch mehrfach zu erwähnenden Entſcheidung des Oberverwaltungsgerichts — Preußiſches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 16 S. 126 ff. — beſteht zwiſchen dem Zuſtande der Gefahr und dem Eintritte des ſchädigenden Ereigniſſes „der ſchärfſte begriffliche Unterſchied".

[18]) Wie auch die in der vorigen Anmerkung angeführte Entſcheidung erwähnt. Siehe Adelung, Verſuch eines vollſtändigen grammatiſch-kritiſchen Wörterbuchs unter „Gefahr", ſowie Sanders, Wörterbuch der Deutſchen Sprache unter „Fahr" II.

[19]) Vgl. z. B. Entſcheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 25 S. 410. Siehe Rotering, Polizei-Übertretungen und Polizei-Verordnungsrecht S. 13. Wenn man von der „Gefahr einer Gefahr" ſpricht, ſo wird ein Zuſtand, der noch keine Gefahr enthält, aus dem ſie ſich nur entwickeln kann, als Gefahr bezeichnet und der Begriff verflüchtigt.

[20]) Pütter, Institutiones juris publici § 331. Vgl. Wolzendorff, Der Polizeigedanke des modernen Staats S. 72, Otto Mayer a. a. O. S. 214 Anm. 8, Anſchütz im Preußiſchen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 22 S. 85 ff., Loening a. a. O. S. 7.

Digitized by Google

so wird der Polizei die Aufgabe gestellt, Gefahren abzuwenden, weil sie nur durch Verhinderung von Schadensmöglichkeiten für Abwendung von Schaden zu sorgen vermag.

Nicht jede Beeinträchtigung eines Gutes gilt als ein zu verhütender Schaden im Sinne des Polizeirechts. Dieser Begriff ist enger als der allgemeine Begriff eines Schadens, der nach § 1 I 6 ALR. in jeder Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen hinsichtlich der dort angeführten Güter gefunden werden soll, und deckt sich nicht mit dem Nachteile [21]). In zahlreichen Entscheidungen hat das Oberverwaltungsgericht erklärt, daß bloße Nachteile, namentlich Belästigungen oder Unbequemlichkeiten, nicht genügen, um das Einschreiten der Polizei zu rechtfertigen [22]). Nur im Drohen eines ernsten Übels liegt für den gewöhnlichen Sprachgebrauch eine Gefahr, nicht aber in der Erwartung geringerer Übelstände. Ist Gefahr eine Lage, die geeignet ist, Furcht zu erregen [23]), so muß der Schaden, welcher droht, erheblich sein, was auch Wendungen erkennen lassen, wie „in Gefahr sein", „mit Gefahren kämpfen", „Gefahren überstehen" usw. Den Materialien des Allgemeinen Landrechts ist ferner nach den Darlegungen des Oberverwaltungsgerichts [24]) zu entnehmen, daß den Verfassern polizeirechtlich nicht

---

[21]) Wegen der sonstigen Gleichstellung des Nachteils mit dem Schaden siehe § 2 und § 3 I 6 ALR. Ennecceru s (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Schuldverhältnisse, 6. Bearbeitung, § 234) lehrt, Schaden sei jeder Nachteil, den wir an unsern Rechtsgütern erleiden. Nach Grimm (Deutsches Wörterbuch unter „Schaden"[3]) bedeutet Schaden gewöhnlich jede Verletzung oder Beeinträchtigung an Leib und Leben oder Hab und Gut.

[22]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 6 S. 352 ff., Bd. 7 S. 377, Bd. 9 S. 350, Bd. 39 S. 294, Bd. 41 S. 324 ff., Bd. 44 S. 451; Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 23 S. 248 l., 358 l., Jahrg. 24 S. 523, Jahrg. 26 S. 347 usw. Vgl. auch Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 23 C S. 15 ff. Die Belästigung steht als ein geringeres Übel im Gegensatze zu dem Schaden als einem ernsteren Übel, nicht zu der dem Eintritte des Übels vorhergehenden Gefahr.

[23]) Sanders a. a. O. unter „Fahr" II. Nach Adelung — a. a. O. unter „Gefahr" — drückte „Fahr" eigentlich Furcht aus. Grimm — a. a. O. unter „Gefahr" — entwickelt geschichtlich die Bedeutung des Wortes und bemerkt dann (S. 2067 L), einerseits sei der Begriff jetzt „verdünnt", anderseits klinge aber die alte volle Kraft nach, z. B. in „drohender Gefahr", wiewohl auch hier der Begriff zum Teil „klein" geworden sei. Für die Gefahr des Polizeirechts ist eine solche Verdünnung oder Verkleinerung jedenfalls zu verneinen.

[24]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 379 ff.

Digitized by Google

jeder Nachteil als ein Schaden erschien, wie ihn der Begriff der Gefahr erfordert; denn in dem jetzigen § 66 I 8 ALR. ist die Fassung des früheren Entwurfes „zum Nachteil oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens" ersetzt durch die Worte „zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens", und zu einer vorhergehenden, später fortgefallenen Bestimmung des Entwurfes, wo von Nachteil oder Gefahr für das gemeine Wesen die Rede war, hatte Suarez vorgeschlagen, statt Nachteil zu sagen „wirklicher Schaden", weil die Gleichstellung jedes Nachteils zu weit führen könne[25]). Daß mit dem Begriff eines polizeilich zu verhütenden Schadens nicht ein abgeschwächter Sinn zu verbinden war, zeigte auch die Vorschrift im § 692 II 20 ALR., wo im Anschluß an das Verbot des § 691, anderer Leben oder Gesundheit in Gefahr zu setzen, bestimmt war, daß durch ernstliche Polizeiverbote und verhältnismäßige Strafen alles möglichst verhütet werden sollte, woraus dergleichen „erhebliche Gefahr" entstehen könnte[26]). Durch die ausdrückliche Bezeichnung der Gefahr als einer erheblichen wird ausgeschlossen, daß die Polizei, um geringe Übelstände von anderen abzuwenden, auf Grund ihrer allgemeinen Ermächtigung in die Handlungsfreiheit beschränkend eingreifen darf. Der Grund ist, daß im gesellschaftlichen Zusammenleben notwendig gegenseitige Reibungen entstehen und die freie Bewegung nicht polizeilich soweit eingeengt werden kann, um jeden nachteiligen Einfluß auf andere fernzuhalten[27]). Treffend ist folgende Ausführung des Oberverwaltungsgerichts[28]):

> — — die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß die Entwicklung des Verkehrs und der Gewerbetätigkeit zumal innerhalb größerer Städte — — für die Anwohner der Straßen und die Nachbarn gewerblicher Betriebsstätten eine Menge von Belästigungen mit sich bringt — — ohne daß die Polizei — — in der Lage ist, diese — selbst hochgradigen — Belästigungen abzustellen. Den Ansprüchen auf möglichste Fernhaltung von Belästigung stehen die gleich schwer wiegenden Interessen derjenigen gegenüber, welche ihre Mittel und Kräfte in erlaubter Gewerbetätigkeit verwerten

[25]) Seine Abneigung gegen Ausdehnung der Rechte der Polizei gibt Suarez besonders kund in dem Vortrag „Über das Recht der Polizey" — Zeitschrift für Literatur und Geschichte der Staatswissenschaften Bd. 3 S. 371 ff. —, wo er sich allerdings hauptsächlich mit Polizeigesetzen befaßt.

[26]) Siehe Rosin, Begriff der Polizei S. 61 Anm. 178.

[27]) Vgl. Otto Mayer a. a. O. S. 227.

[28]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 351.

Digitized by Google

wollen, was ohne ein gewisses Maß von Belästigung anderer in der überwiegenden Zahl von Fällen nicht ausführbar sein wird.

Zwischen einem Schaden, der zu verhindern ist, und geringeren Nachteilen — wie Belästigungen oder Unbequemlichkeiten — besteht kein genau zu bestimmender begrifflicher Unterschied. Mag auch im allgemeinen bei Vernichtung oder dauernder Verminderung des Wertes eines Gutes ein Schaden anzunehmen sein, bei vorübergehender oder geringerer Beeinträchtigung des Genusses eines Gutes eine bloße Belästigung, so bieten doch nicht wenige Fälle, die auf der Grenze zu liegen scheinen, Anlaß zu Zweifeln. Hier müssen über den Spielraum der freien Betätigung und über die aus Rücksicht auf andere folgenden Schranken die Anschauungen der Gesellschaft entscheiden, wie sich privatrechtlich nach § 906 BGB. die Zulässigkeit der Einwirkung auf fremde Grundstücke unter gewissen Voraussetzungen danach bestimmt, ob solche Einwirkungen gewöhnlich sind oder nicht, und damit auch nach der allgemeinen Anschauung der Bevölkerung[29]) [30]).

2. Was die Güter anlangt, die polizeilich vor Schaden zu behüten sind, so ist — ähnlich wie im Strafrechte — zwischen den Gütern der Einzelnen und den Gütern der Allgemeinheit zu unterscheiden[31]). Hauptsächlich für erstere gilt die Ausscheidung von bloßen Belästigungen[32]).

Zu den Gütern der Einzelnen gehören Leben und Gesundheit[33]), womit das körperliche Dasein des Menschen in seiner Unversehrtheit und freien Entfaltung begriffen wird, sowie das Vermögen. Voraussetzung ist, daß nicht die Unzugänglichkeit des Privatlebens dem polizeilichen Einschreiten eine Schranke zieht[34]), und daß nicht die Zivilgerichte zuständig sind, die Menschen sich nicht selbst, insbesondere mit Hilfe der Zivilgerichte, zu schützen vermögen,

[29]) Entscheidung des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift von 1905 S. 231 r. ff.

[30]) Vgl. — außer Otto Mayer a. a. O. — noch Walter Jellinek a. a. O. S. 284 und Rosin, Begriff der Polizei S. 61 f., ferner Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts Bd. 1 S. 43 ff., 201 ff.

[31]) v. Liszt a. a. O. S. 301 ff.

[32]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 350.

[33]) Im § 1 Abs. 2 des Vereinsgesetzes vom 19. April 1908 wird die Anwendung der allgemeinen sicherheitspolizeilichen Bestimmungen auf die Verhütung unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit beschränkt.

[34]) Otto Mayer a. a. O. S. 225 ff. sowie Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 26 S. 408.

Digitized by Google

was namentlich für das Vermögen in Betracht kommt[35]). Sofern es sich um Gefahren handelt, die vom Publikum oder von dessen einzelnen Mitgliedern fernzuhalten sind, bilden nur die genannten Güter einen Gegenstand polizeilichen Schutzes[36]). Überall da, wo der Nachweis einer Gefahr für Leib, Leben, Gesundheit oder Vermögen des zu Schützenden nicht zu erbringen sei, lasse sich — so sagt das Oberverwaltungsgericht[37]) — ein polizeiliches Einschreiten auf dieser gesetzlichen Grundlage nicht rechtfertigen. Nach einer anderen Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts[38]) ist unter einer dem Publikum oder dessen einzelnen Mitgliedern bevorstehenden Gefahr nicht allein eine dem Leben und der Gesundheit, sondern auch eine dem Vermögen des Einzelnen drohende Gefahr zu verstehen, also doch nicht über diese Güter hinaus der polizeiliche Schutz zugunsten der Einzelnen ausgedehnt. Bis auf die gesetzliche Hinzufügung der „Ehre" entspricht dies dem § 1 II 17 ALR., wonach der Staat für die Sicherheit seiner Untertanen in Ansehung ihrer Personen, ihrer Ehre, ihrer Rechte und ihres Vermögens zu sorgen verpflichtet ist[39]), und der Bestimmung des Begriffs eines

---

[35]) Foerstemann, Prinzipien des preußischen Polizeirechts S. 6 ff., Rosin, Begriff der Polizei S. 59, Schilling a. a. O. S. 510, Otto Mayer a. a. O. S. 228 ff.; ferner Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 7 S. 376 ff., Bd. 11 S. 266, Bd. 15 S. 433, Bd. 32 S. 429 sowie im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 28 S. 748 r. Es trifft nicht zu, wenn Wolzendorff (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 32 S. 258 und Polizeigedanke S. 185) behauptet, die Polizei dürfe überhaupt nicht zum Schutze des Einzelnen einschreiten. Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 26 S. 678 r., Jahrg. 27 S. 855 l., Jahrg. 38 S. 360 r. und Fleiner a. a. O. S. 369. Das Wohl des Einzelnen und das des Ganzen hängen zusammen, so daß beim Überwiegen des ersteren das Interesse des Ganzen nicht ausscheidet (Dernburg System des Römischen Rechtes, 8. Aufl., 1. Teil S. 34 ff., Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 29 S. 453, Bd. 51 S. 389). Rosin (Polizeiverordnungsrecht S. 159 ff.) erklärt, das Einzelinteresse dürfe nur nicht zum Sonderinteresse werden, das Wohl des Einzelnen müsse eine Erscheinungsform vom Wohle der Gesamtheit bleiben.

[36]) Schilling a. a. O. S. 511.

[37]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 350.

[38]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 4 S. 418. Vgl. auch Bd. 44 S. 450 sowie Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 31 S. 257 l.

[39]) Demgemäß sagt Suarez in jenem Vortrage — a. a. O. S. 371 —: „Der Hauptzweck des Staates ist, einem jeden Mitbürger die möglichste Sicherheit in dem Besitz und Genusse des Seinigen zu verschaffen. Unter

Digitized by Google

Schadens im § 1 I 6 ALR. als jeder Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder seines Vermögens, was mit § 509 II 20 ALR. übereinstimmte, wo gesagt war, niemand solle den anderen ohne Recht an Ehre, Gesundheit, Leib, Leben, Freiheit oder Vermögen beschädigen oder kränken. Die Ehre des Menschen wird geschützt durch Bestrafung von Beleidigungen, und es ist Pflicht der Polizei, öffentliche Veranstaltungen, die Beleidigungen für andere enthalten, zu verhindern [40]). Sonst ist aber ein wirksamer Schutz gegen Ehrenkränkungen, wie er einem jeden gegen Gewalt und Störungen nach § 2 II 13 ALR. gewährt werden soll, ohne unerträgliches Eingreifen in die Freiheit und den Verkehr der Menschen kaum denkbar. Noch weniger ist der geistige und sittliche Zustand der einzelnen Menschen allgemein als ein der polizeilichen Fürsorge anvertrautes Gut anzusehen. Vor geistiger oder sittlicher Verwahrlosung — vor schlechter Gesellschaft und ähnlichen Gefahren — sind die Einzelnen nicht von der Polizei mit Zwangsmitteln zu bewahren, soweit nicht besondere Gesetze das Recht und die Pflicht hierzu begründen [41]). Dem steht auch der Grundsatz entgegen, daß sich der polizeiliche Schutz regelmäßig nicht auf Gefahren erstreckt, die von dem zu Schützenden selbst ausgehen [42]). Im Einklange mit dem Gesagten werden im § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 als Gegenstände der ortspolizeilichen Vorschriften aufgeführt zu a „der Schutz der Personen und des Eigentums", zu f „Sorge für Leben und Gesundheit", und den weiteren dortigen Bestimmungen ist nicht zu entnehmen, daß zum Schutze anderer Lebensgüter der Einzelnen Vorschriften erlassen werden dürfen.

Mannigfaltig sind hingegen die Güter der Allgemeinheit, deren Schutz zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und

---

dem Seinigen aber werden alle angeborenen und erworbenen Güter eines Menschen, mithin sein Leben, seine Gesundheit, der ungehinderte Gebrauch seiner Fähigkeiten und Kräfte, seine Ehre, sein Eigentum und Vermögen verstanden."

[40]) Z. B. die von Fleiner — a. a. O. S. 370 Anm. 26 — erwähnte öffentliche Aufschrift „Judenreines Haus". Über beleidigende Theateraufführungen vgl. Schultzenstein im Verwaltungsarchive Bd. 5 S. 474 ff.

[41]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 39 S. 382 ff. Wegen Gefährdung der Sittlichkeit durch öffentliche Lustbarkeiten siehe Anm. 48.

[42]) Friedrichs a. a. O. S. 16 Anm. 27. Vgl. auch Otto Mayer a. a. O. S. 228 Anm. 10 Abs. 2.

Digitized by Google

Ordnung gehört. Wie diese Begriffe, die sich nicht scharf voneinander trennen lassen, hier nicht genauer bestimmt zu werden brauchen, so bedarf es auch nicht einer Aufzählung der Güter der Allgemeinheit, welche von der Polizei vor Gefahren behütet werden sollen. Vornehmlich sind der Staat und überhaupt die öffentlichen Einrichtungen, soweit nicht besondere Organe hierzu bestellt sind [43]), durch die Polizei vor Erschütterungen und Störungen im Inneren zu bewahren [44]). Das Oberverwaltungsgericht hat gemeint, es sei nicht zu bezweifeln, daß sich die Fürsorge der Polizei auch auf „ideale Güter" richten könne [45]). Allein geistige Güter — wie Religion, Sittlichkeit und Vaterlandsliebe — gehören als solche, wenn sie auch gleichmäßig das geistige Leben der weitesten Kreise des Volkes erfüllen, dem Inneren der Menschen an und entziehen sich deshalb dem unmittelbaren polizeilichen Einflusse, der sich nur auf das äußere Zusammenleben der Menschen erstreckt [46]). Zutreffend aber ist es, wenn in der Rechtsprechung angenommen wird, daß die Polizei zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit und des öffentlichen Anstandes, also äußerer Zustände, wie Sittlichkeit und Anstandsgefühl sie verlangen, sowie gegen eine öffentliche Verletzung der religiösen Empfindungen und des berechtigten Vaterlandsgefühls, also ebenfalls zugunsten entsprechender äußerer Zustände einschreiten darf [47]). Mit Recht wird die öffentliche Sittlichkeit als Teil der öffentlichen Ordnung betrachtet [48]). Wenn aber auch die christliche Religion für einen

---

[43]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 52 S. 221 ff.

[44]) Otto Mayer a. a. O. S. 223 und Rosin, Begriff der Polizei S. 63 ff.

[45]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 374, Bd. 15 S. 433. Ebenso Rosin, Begriff der Polizei S. 64.

[46]) Vgl. Schultzenstein im Verwaltungsarchive Bd. 5 S. 469 und Bd. 14 S. 19 ff. Hinsichtlich der geistigen Güter will Otto Mayer — a. a. O. S. 223 ff. — den polizeilichen Schutz nicht ausschließen, aber davon abhängig machen, daß das Gesetz die Fälle bestimme, in denen obrigkeitliches Einschreiten zulässig sei, die allgemeine Ermächtigung hierauf also nicht beziehen.

[47]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 52 S. 288, Bd. 41 S. 436.

[48]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 7 S. 372, Bd. 33 S. 449, Bd. 54 S. 253, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 17 S. 257 l. Siehe auch Wolzendorff im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 32 S. 260 r. und Polizeigedanke S. 190. — Darf Jugendlichen die Teilnahme an

Digitized by Google

Teil der öffentlichen Ordnung erklärt wird[49]), so ist nur richtig, daß äußere Zustände oder Vorgänge, die mit den religiösen christlichen Anschauungen und Empfindungen in verletzenden Widerspruch treten, die öffentliche Ordnung stören[50]). Das Unterbleiben solcher Störungen ist ein negatives Erfordernis der öffentlichen Ordnung, die sich nach den Anschauungen der Gesellschaft über deren geistige Güter mitbestimmt. Zwar setzt die öffentliche Sicherheit Güter voraus, die sicher sein sollen, aber die öffentliche Ordnung ist selbst ein zu schützendes Gut — allerdings ein sehr vielseitiges, schwer zu umgrenzendes —, so daß die geistigen Güter nicht als unmittelbarer Gegenstand des polizeilichen Schutzes angesehen zu werden brauchen. Wird bei Angriffen auf Güter der Allgemeinheit mehr von Störung oder Verletzung gesprochen als von Schaden und dieser Begriff vorwiegend auf Güter der Einzelnen bezogen, so entsteht doch auch durch eine Verletzung von Gütern der Allgemeinheit ein Schaden wenn auch nicht im privatrechtlichen Sinne.

III. Objektive Möglichkeit eines Schadens.

Die Beziehungen zu einem Schaden, der eintreten kann, machen eine Lage zur Gefahr. Diesen Beziehungen ist daher nachzugehen, um den Begriff der Gefahr festzustellen.

Die Lage der Dinge, welche als Gefahr aufgefaßt wird, gehört der Außenwelt an, so daß der Lage als solcher die Objektivität sicher nicht abzusprechen ist. Sonst würde die Polizei eine Gefahr über-

---

gewissen öffentlichen Lustbarkeiten wegen sittlicher Gefahren verwehrt werden (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 61 S. 140 ff.), so rechtfertigt sich dies, weil die öffentliche Ordnung verletzt wird, wenn öffentliche Lustbarkeiten, die geeignet sind, die Sittlichkeit der Jugend zu gefährden, unter deren Beteiligung abgehalten werden.

[49]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 43 S. 303. — Über die frühere Ausdehnung der Polizeigewalt auf diesem Gebiete vgl. Wolzendorff, Polizeigedanke S. 37 ff. — Auf einen Vorschlag, Verbindungen für unzulässig zu erklären, die „der Religion, der Moral und den guten Sitten zuwider sind", wurde von den Verfassern des Allgemeinen Landrechts nicht eingegangen, sondern im § 3 II 6 ALR. von Gesellschaften gesprochen, deren Zweck und Geschäfte der „gemeinen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zuwiderlaufen" (Schilling a. a. O. S. 506).

[50]) Vgl. Walter Jellinek a. a. O. S. 74, Wolzendorff, Polizeigedanke S. 198.

Digitized by Google

haupt nicht abwenden können, weil sie unmittelbar nur auf die Außenwelt einzuwirken vermag, nicht auf Seelenzustände.

Auch wenn die Lage nicht durch menschliches Verhalten herbeigeführt wird, sondern durch Naturereignisse, hat die Polizei für Abwendung einer Gefahr zu sorgen[51]). Der Wortlaut des § 10 II 17 ALR. gibt keinen Anlaß zu einer Unterscheidung hinsichtlich des Ursprunges der Gefahr, und aus dem Vortrage von Suarez, „Über das Recht der Polizey" ist zu ersehen, daß auch an Naturereignisse gedacht ist[52]). Entgegen der Ansicht von Otto Mayer, daß für Anwendung der Polizeigewalt kein Raum sei, wenn es sich lediglich um störende und zerstörende Wirkungen freier Naturkräfte handle[53]), hat das Oberverwaltungsgericht stets auf solche das

---

[51]) Rosin, Begriff der Polizei S. 59, Genzmer, Die Polizei S. 7 und Schultzenstein im Verwaltungsarchive Bd. 14 S. 27.

[52]) In dem Vortrag — a. a. O. S. 371 — heißt es:

„Ferner kann die Sicherheit des Staates und seiner Einwohner nicht bloß durch vorsätzliche Beeinträchtigungen und Verbrechen, sondern auch durch Unvorsichtigkeiten und Zufälle von außen her, durch widrige Naturbegebenheiten, durch Landplagen usw. gestört werden. Dergleichen allgemeine Unglücksfälle von der bürgerlichen Gesellschaft soviel als möglich abzuwenden und, wenn dies nicht geschehen kann, ihren Folgen von ihrer Schädlichkeit soviel als möglich zu benehmen, ist ein zweites Hauptgeschäft der Polizei".

Vgl. auch ebenda S. 372 ff.

[53]) Zu dieser Einschränkung gelangt Otto Mayer — a. a. O. S. 231 — von der Annahme aus, daß die Polizeigewalt nicht weiter reiche als die allgemeine Nichtstörungspflicht der Untertanen. Unzutreffend ist — in Anm. 15 ebenda — dessen Bezugnahme auf die Bd. 30 S. 216 ff. abgedruckte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts. Daraus, daß dem Staate die öffentlichrechtliche Pflicht obliegt, für die Sicherheit des Verkehrs auf einem Leinpfad und auf einem schiffbaren Flusse zu sorgen, wird gefolgert, daß der Staat auch Vorkehrungen gegen die von einer Berglehne drohende Gefahr zu treffen habe, und eine konkurrierende Verpflichtung des Grundstückseigentümers gegenüber der Folge elementarer Vorgänge in diesem besonderen Falle mit dem Hinweise darauf abgelehnt, daß die Gefahr nur auf der Anlegung des Leinpfads und dem Vorüberfließen eines schiffbaren Flusses beruhe. Die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Eigentümer sein Grundstück im polizeigemäßen Zustande zu erhalten habe, wird durch die besondere öffentlichrechtliche Norm ausgeschlossen, nach welcher der zur Fürsorge für den Verkehr auf dem Leinpfad und auf dem schiffbaren Flusse Verpflichtete Abhilfe zu schaffen hat. Damit wird aber das Recht der Polizei, von dem Grundstückseigentümer die Abwehr gefährlicher elementarer Vorgänge zu fordern, keineswegs grundsätzlich verneint, was freilich auch Stier-Somlo (Verwaltungsarchiv Bd. 6 S. 351 ff.) der Entscheidung entnimmt.

Digitized by Google

Recht und die Pflicht der Polizei zur Abwendung von Gefahren mitbezogen, namentlich gegenüber dem zur Erhaltung seines Grundstücks im polizeimäßigen Zustande verpflichteten Grundstückseigentümer[54]). Nur fehlt, soweit der polizeiwidrige Zustand auf einem Naturereignisse beruht, ein Urheber, gegen den die Polizei außerdem wahlweise vorgehen könnte.

In welchem Verhältnisse muß nun aber eine Lage, in der eine Gefahr gefunden wird, zum Eintritt eines Schadens stehen? Nach einer im Polizeirecht üblichen Begriffsbestimmung ist unter Gefahr eine Lage der Dinge zu verstehen, welche die Besorgnis rechtfertige, daß sie einen Schaden herbeiführen werde[55]). Wenngleich die Rechtfertigung einer solchen Besorgnis zum Begriffe der Gefahr gehört, so fragt es sich doch, wie die Lage beschaffen sein muß, um die Besorgnis zu rechtfertigen. Hierüber sagt das Oberverwaltungsgericht[56]):

> Diese Besorgnis beruht auf dem ursächlichen Zusammenhange der Dinge, auf dem Erfahrungsurteile, daß aus gewissen gegenwärtigen Zuständen nach dem Gesetze der Kausalität gewisse andere, Schaden bringende Zustände und Ereignisse erwachsen werden.

Danach erregt ein Zustand Besorgnis, weil er nach den Gesetzen des ursächlichen Zusammenhanges einen Schaden zur Folge haben würde, und ist der ursächliche Zusammenhang mit einem künftigen Schaden der Grund der Gefährlichkeit des Zustandes. Wie die Erfahrung lehrt, stehen alle Naturereignisse in einem bestimmten gesetzlichen Zusammenhange mit vorhergehenden Zuständen, die den Eintritt des Naturereignisses bedingen[57]). Nur hierdurch ist ein zweckentsprechendes Handeln der Menschen überhaupt möglich. Indem sie aus früheren Erfahrungen die Bedingungen eines Ereignisses kennen, vermögen sie durch Herstellung oder Verhinderung der Bedingungen den Eintritt des Ereignisses

---

[54]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 7 S. 352, Bd. 18 S. 414 und Bd. 43 S. 384.

[55]) v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze, 22. Aufl., Bd. 1 S. 225, Rosin, Begriff der Polizei S. 60, Biermann a. a. O. S. 17.

[56]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 16 S. 126 r.

[57]) Traeger a. a. O. S. 13, Schmoller im Archive für die zivilistische Praxis Bd. 98 S. 26, Lammasch a. a. O. S. 256, sowie v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 180, Wahrscheinlichkeitsrechnung S. 271.

Digitized by Google

herbeizuführen oder abzuwenden. Liegt der Polizei die Sorge ob, Schaden abzuwenden, so muß sie dahin wirken, daß die Bedingungen für dessen Eintritt nicht erfüllt werden. Wenn auch davon auszugehen ist, daß jedes Ereignis — wenigstens abgesehen von menschlichen Handlungen — durch die Gesamtheit der vorhergehenden Zustände nach Naturgesetzen, die sich nicht ändern lassen, und insofern mit Notwendigkeit herbeigeführt wird[58]), so kann doch ein schädliches Ereignis durch ein die bedingenden Zustände ändernes menschliches Verhalten verhütet werden. Dabei darf dahingestellt bleiben, ob das menschliche Handeln selbst unter dem Kausalgesetze steht; denn eine deterministische Weltanschauung, welche dies annimmt, schließt nicht aus, daß der Verlauf der Naturereignisse durch menschliche Handlungen gelenkt werde, gleichviel ob diese selbst ursächlich bestimmt sind.

Allein eine Gefahr, der die Polizei entgegenzutreten hat, ist nicht nur dann vorhanden, wenn feststeht, daß ohne ein vorbeugendes menschliches Eingreifen alle Bedingungen zum Eintritt eines Schadens erfüllt sein würden, wenn also der Eintritt eines Schadens eine gewisse Folge der gesamten Sachlage sein würde. Der menschlichen Einsicht ist ein ganz sicheres Urteil über den Verlauf des Naturgeschehens selten oder eigentlich nie gewährt[59]), weil unsere Kenntnis der Sachlage nur beschränkt ist und nicht alles in der Welt umfaßt, was den Gang der Dinge beeinflussen kann[60]). Außerdem sind die Folgen nicht bloß abhängig vom Naturgeschehen, sondern auch vom Verhalten der Menschen, das sich dem Vorherwissen ganz oder doch noch mehr entzieht. Aus der Unvollkommenheit der menschlichen Einsicht und aus der Unberechenbarkeit der menschlichen Handlungen ergibt sich, daß für ein die Abwendung

---

[58]) Von der Notwendigkeit eines späteren Zustandes in dem Sinne einer naturgesetzlichen und darum unabweislichen Folge des früheren Zustandes darf man reden, wenn auch die Kausalität selbst nicht als eine Notwendigkeit aufzufassen ist. (Vgl. Paulsen, Einleitung in die Philosophie, 22. Aufl., S. 233 ff., 417, Binding a. a. O. Bd. 2, 2. Aufl., S. 17 ff.)

[59]) Lammasch a. a. O. S. 245.

[60]) Bei Erkenntnis der Wirklichkeit unterscheidet v. Kries — Wahrscheinlichkeitsrechnung S. 85 ff. — allgemeingültige Gesetze — nomologische Bestimmungen — und rein tatsächliche Verhältnisse des Einzelfalls — ontologische Bestimmungen —. Unsere Unkenntnis bezüglich der letzteren lasse den Erfolg ungewiß erscheinen. Aber auch die Kenntnis der Naturgesetze ist begrenzt und mancher Berichtigung unterworfen.

Digitized by Google

von schädlichen Ereignissen bezweckendes menschliches Verhalten nicht die Gewißheit, daß es dessen zur Abwendung eines Schadens bedarf, Voraussetzung sein kann, sondern daß ein solches abwehrendes Verhalten auch in Fällen von Ungewißheit geboten sein muß [61]).

Die Ungewißheit ist ein subjektiver Zustand. Sie beruht aber, wenn sie aus den Grenzen der menschlichen Erkenntnis folgt, auf der Möglichkeit des Eintritts eines Schadens, die im Gegensatze steht zu der Sicherheit, d. h. zu der naturgesetzlichen Notwendigkeit, des Eintritts oder Nichteintritts des Schadens. Allerdings ist die Möglichkeit, daß ein Schaden eintreten werde, im einzelnen gegebenen Falle — wiederum abgesehen von dem Einflusse menschlicher Handlungen und der Frage ihrer Beherrschung durch das Kausalgesetz — nur für unser beschränktes menschliches Wissen vorhanden [62]), nicht in der Außenwelt, weil die Bedingungen des Eintritts eines Schadens entweder vorliegen oder nicht vorliegen und im ersteren Falle dessen Eintritt, im letzteren Falle dessen Nichteintritt sicher ist [63]).

Gleichwohl ist es nicht zutreffend, wenn gelehrt wird, die Gefahr sei ein Erzeugnis unseres unvollständigen Wissens [64]). Von allen Kämpfen gegen Gefahren läßt sich doch nicht sagen, daß sie sich gegen ein Erzeugnis der Unwissenheit richten [65]). Für das Polizeirecht gilt dies schon darum nicht, weil die erfolgreiche Abwendung einer Gefahr gerade eine richtige Beurteilung der Sach-

---

[61]) Daß der Grad der Sicherheit des Eintritts eines befürchteten Ereignisses verschieden sein könne und der Eintritt nicht gewiß zu sein brauche, um das polizeiliche Einschreiten zu rechtfertigen, hebt auch das Oberverwaltungsgericht hervor (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 16 S. 126 r. und Jahrg. 32 S. 120 r.)

[62]) Traeger a. a. O. S. 120.

[63]) v. Kries, Wahrscheinlichkeitsrechnung S. 87. Sigwart — Logik, 2. Aufl., Bd. 1 S. 265 — erklärt: „Möglich im vollen realen Sinne ist nur das, was als Äußerung freier Subjekte dem Gebiete der Notwendigkeit entrückt ist."

[64]) Lammasch a. a. O. S. 295 ff., Finger a. a. O. S. 271. Auch in bezug auf die Sicherheitspolizei behauptet Opet — Deutsches Theaterrecht S. 147 Anm. 62 —, dem Begriffe „Gefahr" mangele objektiv notwendig die Realität.

[65]) Binding a. a. O. Bd. 1 S. 377 ff.

Digitized by Google

lage voraussetzt[66]) und, wenn unterbleibt, was zur Abwendung erforderlich erscheint, der Eintritt des Schadens beweist, daß eine Gefahr in der Außenwelt wirklich bestanden hat. Aber auch ohne Rücksicht auf den weiteren Verlauf ist der bloßen Möglichkeit eines Schadens Objektivität nicht allgemein abzusprechen. Lehrt die Erfahrung, daß unter bestimmten tatsächlichen Verhältnissen mehr oder minder häufig ein Schaden eintritt, so ist unser Urteil objektiv richtig, wenn es unter derartigen Verhältnissen den Eintritt des Schadens für möglich erklärt. Daraus, daß derartige Verhältnisse mit anderen zusammentreffen können, welche die Bedingungen für den Eintritt des Schadens ergänzen, ergibt sich die Möglichkeit seines Eintritts[67]). Ein solches Urteil über die Möglichkeit geht nicht hervor aus der Unvollständigkeit unseres Wissens, sondern drückt eine der Wirklichkeit entsprechende Regel aus, die einer größeren Anzahl von Fällen entnommen ist[68]). Zwar ist diese Möglichkeit nicht objektiv in dem Sinne, daß sie als ein Zustand der Außenwelt angesehen werden könnte; denn in der Außenwelt gibt es nur konkrete Fälle, während hier von unserem zusammenfassenden Denken die Möglichkeit aus einer Mehrzahl von Fällen hergeleitet wird. Aber die Möglichkeit ist objektiv in dem Sinne eines den Tatsachen entsprechenden Urteils, zu dem jeder unbefangene, genügend unterrichtete und erfahrene Mensch gleichmäßig

[66]) Wird im Strafrecht erwogen, daß eine Handlung, die ein Rechtsgut nicht verletzt hat, es im konkreten Falle auch nicht habe verletzen können und darum gefahrlos gewesen sei (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 8 S. 202), also aus dem Nichteintritte der Verletzung auf das Fehlen einer objektiven Gefahr geschlossen, so ist es im Polizeirechte gerade das richtige Erkennen und Begegnen der Gefahr, wodurch der Schaden verhütet wird, und hier ist daher aus dessen Nichteintritt auf das frühere Fehlen einer objektiven Gefahr offenbar nicht zu schließen.

[67]) v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 181 und Wahrscheinlichkeitsrechnung S. 87.

[68]) Traeger a. a. O. S. 120. Erwähnt sei noch folgende weitere Ausführung von Sigwart a. a. O.:

„Wo im Gebiete des Notwendigen von Möglichkeit die Rede ist, da kann es nur geschehen, indem entweder die Dinge in Gedanken dem zeitlichen Verlauf ihrer wirklichen Existenz entrückt und damit von den Bedingungen ihres wirklichen Seins isoliert werden — —, oder indem ein Teil der Bedingungen isoliert betrachtet wird, von welchen die Wirklichkeit — — abhängt. Findet im letzteren Falle ein Nichtwissen der Bedingungen statt, so geht das Urteil über eine objektive Möglichkeit — — in den Ausdruck der Ungewißheit über."

Vgl. auch Sigwart ebenda Bd. 1 S. 267.

Digitized by Google

gelangt oder doch befähigt ist. In diesem Sinne kann dem Urteil über die Möglichkeit eines individuellen schädigenden Ereignisses, mag es auch nur für das beschränkte menschliche Wissen zutreffen [69]), ebenfalls Objektivität zukommen. Insoweit nämlich, als sich die Sachlage der menschlichen Einsicht entzieht, bleibt für unser Urteil ein Gebiet, in welchem mit unbestimmten Einwirkungen gerechnet werden muß. Alle Verschiedenheiten, wie sie in derartigen Fällen sonst erfahrungsmäßig vorkommen, sind in Betracht zu ziehen. Danach läßt sich auch im konkreten Falle über die Möglichkeit eines Ereignisses ein den Erfahrungen entsprechendes, allgemein gültiges, objektives Urteil fällen [70]).

Für das menschliche Verhalten ist es gleich, ob die Ungewißheit in den Dingen selbst liegt oder aus den Grenzen des menschlichen Erkennens folgt [71]), ob etwas in der Außenwelt vorhanden ist oder nicht, wenn uns die Organe zu seiner Wahrnehmung fehlen. Ist es richtig, daß die Wirklichkeit der Dinge für uns nichts anderes ist als die Möglichkeit der Wahrnehmung [72]), so hebt die Unmöglichkeit der Wahrnehmung für unser Bewußtsein die Wirklichkeit auf und verschwindet für dieses der Unterschied zwischen nicht vorhandenen und nicht wahrnehmbaren Dingen oder Zuständen. Wenn geltend gemacht wird, eine Gefahr könne bestehen, ohne daß jemand von ihr wisse [73]), so ist zu erwidern, daß eine Gefahr, von der niemand etwas weiß, und die auch für niemanden erkennbar ist, als Gefahr im Sinne des Polizeirechts überhaupt nicht gelten kann, weil niemand imstande ist, für ihre Abwendung zu sorgen, auch nicht die Polizei. Solange eine Gefahr unbekannt und auch völlig

[69]) Vgl. Traeger a. a. O. S. 120, v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 180.

[70]) v. Kries, Wahrscheinlichkeitsrechnung S. 94 ff., 171. In der Vierteljahrsschrift usw. S. 188 ff. spricht er von „Generalisierung nach Maßgabe der Erkennbarkeit". Vgl. ferner ebenda S. 289 ff. und Traeger a. a. O. S. 128, 159 ff.

[71]) So meint es wohl auch Finger, wenn er a. a. O. S. 271 bemerkt: „— — diese beschränkte Einsicht ist mit unserer menschlichen Beschaffenheit gegeben — insofern ist die „Gefahr" etwas Reales". Zwar kann daraus, daß der Irrtum als Geisteszustand des Menschen real ist, nicht auf die Realität des Gegenstandes des Irrtums geschlossen werden. Wenn es sich aber um Schranken des menschlichen Erkennens handelt, so muß mit diesen Schranken als einer Realität gerechnet werden.

[72]) Paulsen a. a. O. S. 398.

[73]) Friedrichs a. a. O. S. 8.

Digitized by Google

unerkennbar ist, vermag sie nach Polizeirecht Rechte und Pflichten nicht zu begründen. Wird erst durch spätere Vorgänge erkennbar, daß eine Gefahr obgewaltet hat, so kann daraus nicht rückwärts geschlossen werden, daß eine Verpflichtung bestanden habe, der Gefahr vorzubeugen, und es ist daher anzunehmen, daß eine Gefahr, wie sie das Polizeirecht voraussetzt, indem es die Abwendung von Gefahren gebietet, nicht begründet war [74]).

Die Erkennbarkeit bedarf noch genauerer Erörterung, die vorläufig zurückgestellt wird, um zunächst den Begriff der Gefahr noch weiter zu entwickeln.

IV. Beurteilung der Möglichkeit eines Schadens als Gefahr.

Nicht jede, die erkennbare objektive Möglichkeit eines Schadens enthaltende Lage gilt als Gefahr, auch dann nicht, wenn nur an Möglichkeiten gedacht wird, die nicht verschwindend gering sind und darum im praktischen Leben überhaupt unberücksichtigt bleiben. Wäre in allen Tatumständen, welche in Verbindung mit anderen die Bedingungen zum Eintritt eines Schadens erfüllen können, eine Gefahr zu erblicken, so würden daraus für die Polizei so weitgehende Befugnisse erwachsen, wie sie ihr offenbar nicht haben eingeräumt werden sollen und auch nicht von ihr in Anspruch genommen werden. Zur Gefahr gehört nach dem Wortsinn und nach der ganzen Bedeutung des Begriffs für das Polizeirecht eine Lage, die geeignet ist, Furcht oder Besorgnis vor Schaden zu erregen und dadurch zum Beweggrunde für ein den Eintritt des Schadens verhinderndes menschliches Verhalten zu werden [75]). Die Besorgnis hängt außer von der Größe des Übels, welches eintreten kann, auch ab von dem Grade der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts.

Die Möglichkeiten sind verschieden nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit, abstufbar nach der Zahl der Fälle, in denen sich erfahrungsgemäß die Möglichkeit verwirklicht [76]). An ein bestimmtes

---

[74]) So sagt auch das Oberverwaltungsgericht (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 29 S. 710 f.), Gefahr sei die „erkennbare" Möglichkeit des Eintritts einer Beschädigung.

[75]) Anlangend Polizeigesetze, so erachtet Suarez — a. a. O. S. 374 — die Einschränkung der natürlichen Freiheit nur zur Abwendung „eines großen und mit moralischer Gewißheit" zu befürchtenden Schadens für gerechtfertigt.

[76]) v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 287.

Digitized by Google

zahlenmäßiges Verhältnis, das sich nur selten wird feststellen lassen, ist nicht zu denken, sondern an eine im praktischen Leben übliche und unentbehrliche ungefähre Schätzung der Häufigkeit der Schadensfälle [77]).

Im Gegensatze zu einer „abstrakten" Möglichkeit wird eine aus Tatsachen sich ergebende Wahrscheinlichkeit verlangt [78]). Zur Annahme einer Feuersgefahr für ein Gebäude genügt nicht die allgemeine Möglichkeit, daß es in Brand geraten kann, wohl aber die Tatsache, daß darin viele leicht entzündliche Stoffe lagern; zur Annahme einer Lebensgefahr für die Bewohner eines Hauses genügt nicht die allgemeine Möglichkeit, daß sie bei einem Brande verunglücken können, wohl aber die Tatsache, daß Ausgänge und Treppen nicht ausreichen; zur Annahme einer Gesundheitsgefahr genügt nicht die allgemeine Möglichkeit, daß ein Brunnen verunreinigt werden kann, wohl aber die Tatsache, daß sich in unmittelbarer Nähe eine Dungstätte befindet; zur Annahme der Gefährlichkeit eines bestimmten Hundes genügt nicht die allgemeine Möglichkeit, daß ein Hund beißen kann, wohl aber die Tatsache, daß derselbe Hund wiederholt gebissen hat. Obgleich die Gefahr nach diesen einleuchtenden Beispielen aus ungewöhnlichen besonderen Tatumständen folgt, besteht doch zwischen einer allgemeinen Möglichkeit und besonderen, eine Gefahr erzeugenden Tatumständen kein

[77]) v. Kries, Wahrscheinlichkeitsrechnung S. 295.

[78]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 21 S. 408, Bd. 31 S. 422, Bd. 45 S. 340, Bd. 55 S. 285, ferner Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 15 S. 203 l., Jahrg. 35 S. 796 r. und Jahrg. 37 S. 104 r., Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts Bd. 6 S. 240 ff. Ähnlich Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 26 C S. 21. — Nach einer Bd. 54 S. 276 abgedruckten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts kann eine Gefahr nicht als bevorstehend angesehen werden, wenn nur eine „ungewisse Möglichkeit ihres Eintritts" vorhanden sei; ungewiß ist aber jede Möglichkeit. Eine andere Entscheidung desselben Gerichtshofs — Bd. 37 S. 364 — spricht sich dahin aus, daß es nicht genüge, wenn in irgendeiner Weise eine Schädigung des Publikums zu befürchten gewesen sei, die Polizei sei nicht berechtigt, jede zu befürchtende Schädigung abzuwenden. Dagegen genügt es nach der Entscheidung im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 23 S. 745 l., wenn „die Gefahr nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse eine mögliche, wahrscheinliche" sei; die Steigerung, welche in dem Erfordernisse der Wahrscheinlichkeit liegt, wird indes dort nicht erörtert. Einer bloß entfernten Möglichkeit des Eintritts eines Schadens wird im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 32 S. 698 l. der Fall gegenübergestellt, wenn mit dem Eintritt als einer nicht ganz unwahrscheinlichen Tatsache gerechnet werden müsse.

Digitized by Google

logisch scharfer Unterschied; denn auch die allgemeine Möglichkeit ergibt sich aus Tatsachen, und die besonderen Tatsachen, welche hinzutreten, begründen ebenfalls nur eine Möglichkeit des Schadens, allerdings unter erheblicher Erhöhung des Grades der Wahrscheinlichkeit. An sich sind alle Tatsachen, die den Eintritt eines Schadens bedingen, gleichwertig [79]). Grundsätzlich lassen sich daher von den Tatsachen, auf denen die allgemeine Möglichkeit eines Schadens beruht, nicht oder doch nicht immer gewisse besondere Tatsachen als „begünstigende Umstände" unterscheiden, aus denen sich die Gefahr ergebe [80]), sondern es kommt auf die gesamte konkrete tatsächliche Lage und die sich daraus ergebende Wahrscheinlichkeit des Schadens an [81]).

[79]) v. Liszt a. a. O. S. 131, 134 Anm. 7, Finger a. a. O. S. 279, Traeger a. a. O. S. 25, 36 ff., Lammasch a. a. O. S. 246, 296, v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. a. a. O. S. 195. — Nach Friedrichs — a. a. O. S. 8 — ist die Gefahr ein Schwebezustand, während dessen der Eintritt eines Schadens möglich ist, weil alle oder die wesentlichsten Ursachen gegeben seien. Welche Ursachen (bedingende Tatsachen) sind aber die wesentlichsten? Jede bedingende Tatsache ist eine Voraussetzung für den Eintritt des Schadens.

[80]) Vgl. Traeger a. a. O. S. 116, 159 ff., Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., S. 12 d, v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 202.

[81]) Das Strafrecht beschäftigt sich mit der Frage, ob eine menschliche Handlung als Ursache eines schädlichen Erfolges anzusehen sei: entweder wird jede einzelne bedingende Tatsache als Ursache betrachtet oder eine von ihnen als Ursache herausgehoben (v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche, 10. Aufl., Anm. 2 zu Teil I Absch. 3 S. 163, v. Liszt a. a. O. S. 130 ff., Frank a. a. O. S. 12 ff.). Im bürgerlichen Rechte kommt es bei der Schadensersatzpflicht ebenfalls darauf an, ob der Eintritt eines Schadens durch ein menschliches Verhalten verursacht ist, und treten daher ähnliche Zweifel wie im Strafrechte hervor, insbesondere, ob sich die Handlung in bezug auf den Schaden nicht nur als eine conditio sine qua non, sondern auch als sogenannte adäquate Verursachung darstellen müsse (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 69 S. 59, Bd. 72 S. 326 ff., Bd. 78 S. 272, Bd. 81 S. 360 ff.). Dagegen ist polizeirechtlich zu prüfen, ob eine gewisse Lage der Dinge, weil sie einen Schaden verursachen könne, eine Gefahr enthalten würde, die durch menschliches Verhalten zu verhüten sei. Nur insofern, als sich das polizeiliche Einschreiten zur Verhinderung oder Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes gegen dessen Urheber richten darf — also nicht für das Vorhandensein einer Gefahr als Voraussetzung des polizeilichen Einschreitens überhaupt, sondern für die hier nicht zu erörternde Zulässigkeit des Einschreitens gegen eine bestimmte Person — kann die Urheberschaft im Sinne des Straf- oder Zivilrechts auch für das Polizeirecht erheblich sein. (Vgl. Schultzenstein im Verwaltungsarchive Bd. 14 S. 8, 22 ff., 27 ff.).

Digitized by Google

Im Anschluß an die Bestimmung des Allgemeinen Landrechts über die unmittelbaren Folgen einer Handlung[82]) möchte man meinen, der Gefahrbegriff sei auf eine Lage der Dinge zu beschränken, aus der nach dem natürlichen und gewöhnlichen Verlauf ein Schaden zu entstehen pflege, nicht nur beim Hinzutritt ungewöhnlicher Umstände. Allein der polizeiliche Schutz muß sich auch gegen schädigende Ereignisse richten dürfen, die nicht als regelmäßige Folge oder nach dem natürlichen oder gewöhnlichen Verlaufe, sondern vermöge einer Verkettung mit anderen Ereignissen oder vermöge besonderer Beschaffenheit der Dinge eintreten. Da das gesellschaftliche Zusammenleben, welches durch die Polizei vor Störungen bewahrt werden soll, auch durch außergewöhnliche Vorkommnisse oder durch das eigentümliche Zusammentreffen verschiedenartiger Ereignisse gestört werden kann, so würde die Polizei nicht imstande sein, ihre Aufgabe zu erfüllen, wenn sich ihre Fürsorge nur nach dem natürlichen und gewöhnlichen Verlaufe zu bemessen hätte. Wer bezweifelt, daß die Benutzung eines in der Nähe einer belebten Promenade belegenen privaten Schießplatzes von der Polizei untersagt oder doch eine Verstärkung der Sicherheitsmaßregeln gefordert werden darf, wenn ein Geschoß, sei es auch nur bei ungewöhnlicher Unvorsichtigkeit eines Schützen oder unter sonstigen ungewöhnlichen Umständen, den Stand verlassen und einen Vorübergehenden treffen kann? Wer wird der Polizei das Recht bestreiten, die Schaustellung wilder Tiere zu verbieten oder von anderen Schutzvorrichtungen abhängig zu machen, wenn das Ausbrechen der Tiere irgendwie möglich erscheint, sei es auch nur infolge eines ungewöhnlichen Verhaltens der Tiere oder eines ungewöhnlichen Versagens der vorhandenen Schutzvorrichtungen oder infolge eigentümlicher begleitender Umstände? Die Polizei überschreitet auch nicht ihre Befugnis, wenn sie bei einzelnen Maßnahmen mit ungewöhnlicher Sorglosigkeit der Menschen rechnet. Im allgemeinen ist es jedoch für das Urteil über die Gefährlichkeit einer Lage keineswegs gleichgültig, ob nach dem natür-

[82]) §§ 4 ff. I 3 ALR. sowie über unmittelbaren und mittelbaren Schaden §§ 2 ff. I 6 ebenda. Dem Bürgerlichen Gesetzbuche sind diese Unterscheidungen fremd. Aber der ursächliche Zusammenhang im Rechtssinne bedarf doch gegenüber dem rein logischen nach den in der vorigen Anmerkung erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen einer Einschränkung für den Fall einer ungewöhnlichen Verkettung von Umständen.

Digitized by Google

lichen und gewöhnlichen Verlaufe zu erwarten ist, daß sie einen Schaden herbeiführen werde, oder ob ungewöhnliche Verhältnisse hinzukommen müssen; denn im letzteren Falle ist die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens geringer, was nicht immer, aber in vielen Fällen die Annahme einer Gefahr ausschließt.

Öfter wird gesagt, die Möglichkeit des Schadens müsse naheliegen[83]). Mit dem Naheliegen wird eine räumliche Vorstellung auf das Gebiet der Möglichkeiten übertragen, indem der Verwirklichung der Möglichkeit ein mehr oder weniger entfernter Ort im Raume zugedacht und nach der Größe der Entfernung die Eigenschaft der Möglichkeit beurteilt wird. Da aber die künftige Verwirklichung der Möglichkeit vorher überhaupt nicht eine Stelle im Raume einnimmt, so kann die Bemessung nach der räumlichen Entfernung nur bildlich gemeint sein und sich in dem Bilde von der räumlichen Entfernung nur eine anderweit zu bestimmende Verschiedenheit der Möglichkeiten ausdrücken, wofür das Unterscheidungsmerkmal anzugeben wäre[84]). Von einer Nähe oder Ferne wird auch bei Zeitverhältnissen gesprochen, und es könnte daher unter einer naheliegenden Möglichkeit eine solche verstanden werden, deren Verwirklichung bald zu erwarten sei. Allein die Zeitdauer bis zum Eintritt eines Schadens kann nicht oder doch nicht unbedingt entscheiden; denn sowenig wie die Polizei gegen eine tatsächliche Lage bloß darum einschreiten darf, weil vielleicht, wenn auch in kürzester Frist, beim Hinzutritt anderer, in keiner Weise vorauszusehender Tatumstände ein Schaden entstehen könnte, sowenig ist ein polizeiliches Einschreiten darum ausgeschlossen, weil der Eintritt des nach Lage der Sache drohenden Schadens erst nach längerer Zeit zu erwarten ist. Der Schutz gegen Gefahren kann sich nicht auf die nahe Zukunft beschränken und nicht gegenüber allen späteren, noch so großen und sicher vorauszusehenden Schäden versagen[85]). Aus der Bezeichnung der Gefahr als einer bevorstehenden ist zu entnehmen, daß die

[83]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 44 S. 414, Bd. 45 S. 451, Bd. 55 S. 286, sowie im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 19 S. 343 r., Jahrg. 24 S. 280 l., Jahrg. 35 S. 861, Jahrg. 37 S. 104 r.; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 10 S. 176, Bd. 29 S. 246 und Bd. 30 S. 179; Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 26 C S. 21, Bd. 44 S. 452.

[84]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 2 S. 434.

[85]) Frank a. a. O. S. 11.

Digitized by Google

Polizei dem voraussehbaren künftigen Eintritt einer Gefahr vorzubeugen hat[86]), nicht aber, daß der Schaden oder die Gefahr unmittelbar bevorstehen oder doch bald zu erwarten sein müßte, so daß z. B. zum Schutze der Gesundheit erst eingeschritten werden dürfte, wenn sie unmittelbar bedroht wäre[87]). Allerdings ist der Zeitpunkt des zu befürchtenden Schadens nicht ohne Bedeutung, weil, wenn ein größerer Zeitraum dazwischen liegt, die Polizei nicht früher, als nötig ist, um einen Schaden abzuwenden, eine Änderung des Zustandes verlangen darf.

Von Binding[88]) wird das Wesen der strafrechtlichen Gefährdung in einer Erschütterung der Daseinsgewißheit eines Gutes gefunden, aber die Daseinsungewißheit, die den Gegensatz zur Daseinsgewißheit bildet, ist nichts anderes als eine irgendwie zu umgrenzende Möglichkeit einer Verletzung des Gutes selbst. Binding erklärt die Gefährdung eines Gutes für vollendet, wenn zwischen den positiven Bedingungen für die Vernichtung des Gutes und den negativen für dessen Erhaltung ein solches Spannungsverhältnis herbeigeführt werde, daß kraft Erfahrung unser Verstand das als-

---

[86]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 35 S. 861 r.

[87]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 6 S. 380 r., Jahrg. 16 S. 126 r., Jahrg. 23 S. 745 l., Jahrg. 28 S. 772 r., Jahrg. 32 S. 698 l. In bezug auf eine baupolizeiliche Anordnung, die Schutz bei Ausbruch eines Brandes bezweckt, sagt das Oberverwaltungsgericht, die Gefahr eines Brandes stehe stets bevor (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 25 S. 562 r.). Gegen widerliche Gerüche darf eingeschritten werden, auch wenn sie nicht unmittelbar die menschliche Gesundheit gefährden, sondern erst infolge länger andauernder Verunreinigung der Luft (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 14 S. 326 ff., Bd. 23 S. 266 ff.). Abweichend erklären einzelne andere Entscheidungen freilich eine unmittelbare Gefahr für erforderlich (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 35 S. 796 r. und Jahrg. 37 S. 104 r. sowie Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 25 C S. 90, Bd. 38 C S. 13). Auf eine unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit wird die Anwendung der allgemeinen sicherheitspolizeilichen Bestimmungen durch § 1 Abs. 2 des Reichsvereinsgesetzes vom 19. April 1908 beschränkt (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 63 S. 263). Ferner setzt ein Notstand, wegen dessen in die Rechte eines unbeteiligten Dritten eingegriffen werden darf, das unmittelbare Bevorstehen einer Gefahr voraus (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 12 S. 399, 403, Bd. 24 S. 406). In diesen besonderen Fällen muß allerdings die Gefahr unmittelbar bevorstehen. Daß die Gefahr eine dringende sei, setzen nach § 199 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 die Anordnungen des Revierbeamten voraus.

[88]) Binding a. a. O. Bd. 1 S. 372 ff.

Digitized by Google

baldige Hinauswachsen jener über die Widerstandskraft dieser besorgen müsse[89]), sowie auch dann, wenn ein ungenügend wehrhaftes Gut in eine Lage versetzt werde, die erfahrungsmäßig für die Entwickelung positiver Bedingungen seiner Vernichtung den guten Nährboden bilde, ohne daß genügende Vorsorge gegen deren Erwachsen getroffen sei[90]). Allein der polizeirechtliche Begriff der Gefahr ist gegenüber einer bloßen Möglichkeit nicht durch eine Unterscheidung zwischen positiven Bedingungen für die Vernichtung und negativen für die Erhaltung eines Gutes genauer zu bestimmen. Beide sind Tatsachen, die gegeneinander abgewogen und nach deren erfahrungsmäßigem voraussichtlichem Zusammenwirken die Wahrscheinlichkeit des Schadens beurteilt werden muß. Bei dem erfahrungsmäßigen Hinauswachsen oder Erwachsen von Vernichtungsbedingungen und bei dem Besorgenmüssen einer Verletzung ist auch mit Möglichkeiten oder Wahrscheinlichkeiten zu rechnen[91]).

Für die Frage, ob in der Möglichkeit eines Schadens eine Gefahr zu erblicken sei, fällt außer der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts der Wert des Gutes, dem die Verletzung droht, ins Gewicht. Je größer dessen Wert ist, umsomehr bedarf es des Schutzes; umso eher sind wir daher geneigt, einer Möglichkeit der Verletzung die Bedeutung einer Gefahr beizumessen[92]). Die Sorge für die Erhaltung von Menschenleben führt zur Berücksichtigung auch geringerer Möglichkeiten der Verletzung, während, wenn es sich um Zerstörung eines nicht allzu beträchtlichen Vermögenswerts handelt, eine derartige geringe Möglichkeit nicht als eine zu verhütende Gefahr betrachtet wird. Bei einem Hause, in welchem Menschen wohnen, werden höhere Anforderungen an die Feuersicherheit gestellt und wird leichter eine Feuersgefahr angenommen als bei einem Geräteschuppen. Die Abhängigkeit von dem Werte des zu schützenden Gutes zeigt sich in dem Ausspruche des Oberverwaltungsgerichts, daß finanzielle Nachteile nicht in Betracht kommen können, wenn es

[89]) Binding a. a. O. S. 387.

[90]) Binding a. a. O. S. 388.

[91]) Wenn Binding (a. a. O. S. 387 Anm. 36) billigend eine Entscheidung des Obertribunals (Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals Bd. 15 S. 606) erwähnt, nach der zur Annahme einer Gefahr eine begründete Besorgnis des Eintritts eines Übels vorhanden sein muß, so steht er gleichfalls vor der Frage, wodurch die Lage eine solche werde, daß die Besorgnis begründet erscheine.

[92]) v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 295.

Digitized by Google

sich um Minderung einer außergewöhnlichen, ganz erheblichen Feuersgefahr, um den Schutz von Menschen gegen Gefahren für Leib und Leben handele[93]), sowie in der Erwägung, daß Maßnahmen zur Sicherung gegen den Einsturz eines Hauses umsomehr für gerechtfertigt zu erachten seien, als der Einsturz Leben und Gesundheit von Menschen gefährde, während die Sicherungsmaßnahmen einen verhältnismäßig geringen Eingriff bedeuteten[94]). Wenn das Verbot der Benutzung eines Schießstandes durch jede auch nur entfernte Möglichkeit des Abirrens eines Geschosses gerechtfertigt wird[95]), so ist der hohe Wert von Menschenleben, die durch ein abirrendes Geschoß vernichtet werden können, auch bei äußerster Seltenheit eines solchen Falles entscheidend.

Neben dem Grade der Wahrscheinlichkeit eines Schadens und neben dem größeren oder geringeren Werte des bedrohten Gutes ist vergleichsweise auf die Interessen zu sehen, welche durch Vermeidung oder Verhinderung der als gefährlich zu erachtenden Sachlage beeinträchtigt werden würden. Diese Interessen treten zuweilen ganz zurück, wie bei der Benutzung eines dem Vergnügen dienenden Schießplatzes, bei der Schaustellung von wilden Tieren, bei der Art des Tragens einer Hutnadel, bei dem Halten eines Tieres, das nicht zu den gewöhnlichen Haustieren gehört, z. B. eines Fuchses. Vielfach aber bringt es das Leben der Menschen mit sich, daß die Möglichkeit eines Schadens entstehen muß. Die Naturkräfte, deren sich die Menschen mit dem Fortschreiten der Kultur immer mehr bedienen, können der menschlichen Leitung entweichen und — statt zum Nutzen — zerstörend wirken. Mit dem Gebrauche von Maschinen, die zur vollkommneren Beherrschung der Natur erfunden sind, ist die Möglichkeit verbunden, daß sie durch Zufall oder Versehen Schaden anrichten. Von der Ausübung verschiedener Gewerbe, von mancher Technik läßt sich die Möglichkeit einer Verletzung nicht gänzlich fernhalten. Wollte die Polizei allen derartigen Möglichkeiten vorbeugen, so müßte sie die gewerbliche Tätigkeit auf vielen Gebieten völlig lähmen und die Herstellung von Gütern und Verkehrsmitteln, die auf der heutigen Kulturstufe für unentbehrlich erachtet werden, verhindern. Schließlich könnte man dahin gelangen, daß die Benutzung von Feuer allgemein verboten

[93]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 30 S. 189 r.
[94]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 32 S. 121 l.
[95]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 23 S. 247 r.

Digitized by Google

werden dürfte, weil dabei durch Unvorsichtigkeit ein Schadenfeuer verursacht werden kann[96]). Daß die Aufgaben und Befugnisse der Polizei nicht soweit reichen, liegt auf der Hand[97]).

Es bedarf hiernach einer Abwägung einerseits des Interesses an Verhinderung der den Schaden ermöglichenden Sachlage im Hinblick auf den Wert des Gutes und den Grad der Wahrscheinlichkeit seiner Verletzung und anderseits der Interessen, die durch Verhinderung dieser Sachlage beeinträchtigt werden würden[98]). Nur beim Überwiegen des ersteren Interesses über die letzteren ist eine Gefahr im Sinne des Polizeirechts gegeben, und zwar eine größere oder geringere — dringendere oder minder dringende — nach der Art des Übergewichts[99]). Diesem Gedanken ist der Ausdruck gegeben worden, daß es darauf ankomme, was größer sei: das Interesse an dem bedrohten Gute „multipliziert mit dem Koeffizienten der Verletzungswahrscheinlichkeit" oder das Interesse an der zu verhindernden Handlung (Sachlage)[100]). Mit einer solchen mathematischen Formel wird aber bei der Mannigfaltigkeit der Bedürfnisse des Lebens und der Schwierigkeit, die Größe der Interessen

---

[96]) Suarez sagt in dem Vortrag über das Recht der Polizei S. 374 ff.: „So würde z. E. eine Stadt gegen Feuersbrünste in einem sehr hohen Grade sicher sein, wenn in ihr keine im Feuer arbeitenden Gewerbe, keine Bäcker, Brauer, Töpfer, Schmiede usw. geduldet würden. Aber die bürgerliche Gesellschaft würde durch die Verbannung solcher Gewerbe einen Nachteil erleiden, welcher die Gefahr, daß durch sie zuweilen Feuersbrünste veranlaßt werden möchten, überwiegt." Vgl. auch Walter Jellinek a. a. O. S. 288.

[97]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 20 S. 408.

[98]) Auch das Oberverwaltungsgericht verlangt eine sachgemäße Abwägung der einander widerstrebenden Interessen (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 30 S. 783 r.) und spricht von dem nötigen Ausgleiche zwischen den Interessen der Allgemeinheit (der Geschädigten) und den Interessen dessen, der durch die Auflage beschränkt werden soll (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 39 S. 93 r.). Vgl. ferner Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 49 S. 301 ff. Das Verhältnis der Größe des zu befürchtenden Schadens zu der Größe des Schadens, der durch Abwehr der Gefahr entsteht, ist auch nach Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes von Bedeutung (§ 228, § 904 BGB.).

[99]) Für ein Polizeigesetz verlangt Suarez a. a. O., daß der Schaden, welcher durch die Einschränkung der Freiheit abgewendet werden solle, bei weitem erheblicher sei als der Nachteil, den das Ganze oder auch die Einzelnen durch die Einschränkung erleiden. Vgl. Binding a. a. O. S. 399 ff.

[100]) Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts S. 8 Anm. 4 — —, dem Finger — a. a. O. S. 105 Anm. 120 — beipflichtet.

Digitized by Google

abzuschätzen, kaum etwas gewonnen; ein fester Maßstab für Beurteilung der Größe fehlt[101]). Vielmehr kann es sich bei den Erwägungen,

a) wie häufig aus einer gewissen Sachlage ein Schaden entstehe,
b) welchen Wert das bedrohte Gut habe, und
c) welche Interessen durch ein polizeiliches Einschreiten beeinträchtigt werden würden,

nur um allgemeine Gesichtspunkte handeln, nach denen im einzelnen Falle geprüft werden muß, ob in der Möglichkeit eines Schadens eine polizeilich abzuwendende Gefahr zu finden sei. Nach Maßgabe der Örtlichkeit — z. B. in einem Badeorte verglichen mit einem Industriebezirke — kann der Schaden, der von einem gewissen Zustande befürchtet wird — etwa für die Gesundheit —, wahrscheinlicher und umfangreicher, dagegen das Interesse an Fortdauer des Zustandes geringer sein als anderswo, so daß derselbe Zustand an dem einen Orte eine Gefahr enthält, an dem andern nicht. Da es nicht bloß auf den Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadens — a — ankommt, sondern auch auf andere tatsächliche Verhältnisse — b und c —, so folgt schon hieraus, daß der Schaden nach der Erfahrung nicht gerade in der Mehrzahl der Fälle einzutreten braucht[102]), nicht eine Wahrscheinlichkeit in diesem Sinne verlangt werden kann. Man spricht aber von einer größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit, dem Grade einer solchen und beschränkt den Begriff also nicht auf ein bestimmtes Zahlenverhältnis[102a]). Freilich würde das Erfordernis der Wahrscheinlichkeit alle Bedeutung ver-

---

[101]) Von Löffler wird folgendes Beispiel angeführt: „— — Das Interesse an einem Schnellzugsverkehre von bestimmter Geschwindigkeit sei = 10, die Wahrscheinlichkeit, daß dadurch eine Tötung verursacht werde $= \frac{1}{50\,000}$, das menschliche Leben sei taxiert mit 100 000; so ist $10 > \frac{100000}{50\,000}$, d. h. das Verkehrsinteresse ist überwiegend und die fragliche Geschwindigkeit zu gestatten." Wenn sich auch vielleicht die Wahrscheinlichkeit der Tötung statistisch feststellen und in einer Zahl ausdrücken läßt, so ist doch der Wert des Interesses an einem Schnellzugsverkehre von bestimmter Geschwindigkeit nicht einigermaßen sicher abzuschätzen und durch eine Zahl auszudrücken, dies aber bezüglich des Wertes des menschlichen Lebens ganz ausgeschlossen.

[102]) Hiergegen wendet sich mit Recht v. Olshausen (a. a. O. Anm. 7 zu § 52 S. 222).

[102a]) Überweg, System der Logik, 4. Aufl., S. 391 ff.

Digitized by Google

lieren, wenn jeder Grad der Wahrscheinlichkeit immer genügte[103]). Ein absoluter Grad der Wahrscheinlichkeit läßt sich jedoch nicht bestimmen, vielmehr ist die Wahrscheinlichkeit, welche für die Gefahr erfordert wird, eine relative, weil sie abhängt einmal von dem Werte des zu schützenden Gutes und weiter von dem Gewichte der dem polizeilichen Einschreiten entgegenstehenden Interessen; sie kann, wie das Beispiel von dem Schießplatze zeigt, sehr gering sein, wenn das gefährdete Gut einen hohen Wert hat und die dem polizeilichen Einschreiten entgegenstehenden Interessen nicht ins Gewicht fallen. So sagt das Reichsgericht[104]): Das Gesetz verlange nicht einen hohen oder überhaupt einen bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadens; eine feste Abgrenzung zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines Schadens lasse sich nicht ziehen, sondern es müsse unter Erwägung aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob eine Gefahr anzunehmen sei. Wenn eine „gewisse Wahrscheinlichkeit" verlangt wird[105]), so ergibt sich auch hieraus, daß der Eintritt des Schadens nicht häufiger zu sein braucht als der Nichteintritt, sondern daß dem Ermessen Raum gelassen ist.

Auf ein unter den hervorgehobenen Gesichtspunkten vorzunehmendes Ermessen, ob wegen der Möglichkeit eines Schadens eine Sachlage zu verhüten sei, läuft die Beurteilung als Gefahr hinaus. Mehrfach hat auch das Oberverwaltungsgericht in dieser Hinsicht auf verständiges Ermessen verwiesen[106]).

---

[103]) Nach v. Kries — Vierteljahrsschrift usw. S. 287 ff. — redet man gewöhnlich von Gefahr nur da, wo der Wahrscheinlichkeit eine erhebliche Größe zugeschrieben werden solle. „Gefährlich" oder „ungefährlich" sei meist kein konträrer Gegensatz, sondern ein Unterschied des Grades (vgl. auch S. 295 ebenda). Unter einer Gefahr versteht v. Rohland — a. a. O. S. 1 — die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines verletzenden Ereignisses, die mehr oder minder gesteigerte Möglichkeit seines Eintretens, ohne sich darüber auszulassen, nach welchen Gesichtspunkten der erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen sei.

[104]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 10 S. 176. Vgl. auch ebenda Bd. 30 S. 179.

[105]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 25 S. 162 l., Jahrg. 29 S. 710 r.

[106]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 6 S. 380 r., Jahrg. 16 S. 126 r., Jahrg. 25 S. 162 l., Jahrg. 28 S. 772 r. und Jahrg. 37 S. 104 r. Dem Maßstabe des verständigen Ermessens entspricht es, wenn das Reichsgericht den ursächlichen Zusammenhang bei einem Schaden verneint, der nach

Digitized by Google

An ein freies, bei pflichtgemäßer Ausübung der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung entzogenes Ermessen ist hierbei nicht zu denken. Wo durch Bevorstehen einer Gefahr das polizeiliche Einschreiten gerechtfertigt ist, wo also das Drohen der Gefahr bereits feststeht, hat die Polizei frei zu ermessen, ob und inwieweit sie innerhalb ihrer Berechtigung einschreiten will. Aus Zweckmäßigkeitsgründen kann sie hiervon absehen, obwohl eine Gefahr gegeben ist[107]). Dagegen handelt es sich hier um die Feststellung einer zum polizeilichen Einschreiten berechtigenden Gefahr durch ein nach bestimmten Gesichtspunkten auszuübendes und der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung unterworfenes — mithin gebundenes — Ermessen.

V. Regelwidrigkeit der polizeirechtlichen Gefahr.

Bei Ausübung des Ermessens nach jenen leitenden Gesichtspunkten bietet der Polizei die Regel des Lebens einen Anhalt. Die Bedürfnisse des praktischen Lebens, denen die polizeilichen Maßnahmen dienen sollen[108]), führen von selbst zu einer allgemeinen Überzeugung und zu einer tatsächlichen Regelung hinsichtlich der Frage, inwieweit Zustände oder Vorgänge, welche die Möglichkeit

---

der Auffassung des Lebens „vernünftigerweise" als solcher nicht mehr in Betracht gezogen werden könne (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 72 S. 326 ff., Bd. 78 S. 272). Eine Gefährdung im Rechtssinne liegt nach Finger (a. a. O. S. 271) dann nicht vor, wenn ein „besonnener" Mann mit Rücksicht auf überwiegende Interessen keinen Anstand nehmen würde, die Situation herbeizuführen.

[107]) Durch Rücksicht auf anderweitige Verhältnisse kann die Polizei in einzelnen Fällen, besonders vorübergehend, veranlaßt werden, gefährliche Zustände zu dulden, die sie an sich verhindern darf und sonst auch verhindern würde, z. B. in Ermangelung einwandfreien Wassers einen Brunnen trotz Nähe einer Dungstätte oder übermäßig rasches Fahren wegen Notwendigkeit schneller Feuerlöschhilfe. Mißstände können zugelassen werden, weil ihre Abstellung schlimmere Mißstände zur Folge haben würde, bleiben aber Mißstände im Gegensatze zu regelrechten Zuständen, auch wenn letztere es ihrer Natur nach mit sich bringen, daß daraus ein Schaden entstehen kann, wie bei vielen Verhältnissen des täglichen Lebens. Solche regelrechten Verhältnisse bilden keine Gefahren im Sinne des Polizeirechts; ihre Zulassung oder Nichtzulassung hängt nicht ab vom freien Ermessen der Polizei. Vgl. meinen Aufsatz im Verwaltungsarchive Bd. 24 S. 188 ff. Die Abwägung entgegengesetzter Interessen liegt nicht bloß innerhalb des freien Ermessens (Walter Jellinek a. a. O. S. 72).

[108]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 16 S. 126 r.

Digitized by Google

eines Schadens begründen, gestattet oder als Gefahren anzusehen sind, denen vorzubeugen ist. Auf diese Regelung verweist das Oberverwaltungsgericht, indem es ausführt[109]): Wo Sonderbestimmungen fehlten, sei die Grenze für polizeiliches Einschreiten darin zu finden, daß die Polizei zum Schutze und zur Sicherheit der ihrer Obhut anvertrauten Interessen nicht mehr fordern könne als Aufrechterhaltung derjenigen Zustände, welche auf den einzelnen Gebieten tatsächlich als die regelmäßigen, weil regelrechten, beständen. Die polizeirechtliche Gefahr ist danach ein regelwidriger Zustand, einmal insofern, als sie von den Regeln abweicht, für deren Aufrechterhaltung die Polizei zu sorgen hat, aber auch insofern, als sie gegenüber den allgemeinen Anschauungen und den tatsächlichen Verhältnissen eine Ausnahme darstellt.

Die Regeln auch im ersteren Sinne sind keine Rechtsnormen, wenngleich sie sich besonders durch Polizeiverordnungen zu solchen entwickeln können, aber es sind meist Grundsätze über die Voraussetzungen eines gefahrlosen gesellschaftlichen Zusammenlebens, die unter Ausgleich der Interessen aus gleichmäßiger Beurteilung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens hervorgehen und zu den gemeinsamen gesellschaftlichen Anschauungen gehören[110]). Die Anschauungen über Gefahren bleiben nicht immer dieselben, sondern sie wechseln — namentlich mit den Bedürfnissen der Menschen und der Art ihrer Erfüllung, sowie mit den Fortschritten wissenschaftlicher Erkenntnis —; solche Anschauungen sind aber in jeder Kulturperiode vorhanden. Ein verständiges Ermessen, wie es die Polizei bei ihren Anforderungen üben muß, wird diesen Anschauungen im allgemeinen zu folgen haben. Denkt man an die gemeinsamen gesellschaftlichen Anschauungen und an die Regelwidrigkeit der Gefahr, so erklärt sich die Sicherheit, mit welcher wir in vielen häufiger wiederkehrenden Fällen — wie in einigen früher beispielsweise angeführten — eine Gefahr bejahen oder verneinen. Allein das gesellschaftliche Leben führt, indem es neue, bisher unbekannte Zustände hervorbringt, auch zu Schadensmöglichkeiten, über deren Zulässigkeit sich noch keine allgemeinen Anschauungen gebildet haben. Man denke an den Beginn des Automobilverkehrs

[109]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 20 S. 408.

[110]) Vgl. Walter Jellinek a. a. O. S. 74 ff., der den gesellschaftlichen Anschauungen „abgeleitete Rechtssatzwirkung" beilegt.

Digitized by Google

oder an die Folgen der Kriegswirtschaft. Fehlt es hier an feststehenden, gleichmäßigen Anschauungen, an welche sich die Polizei halten könnte, so sind bei ihrem Vorgehen Schwankungen und Mißgriffe schwerer zu vermeiden.

Das Regelmäßige, d. h. das, was gewöhnlich besteht und geschieht, fällt sehr häufig, aber nicht immer mit dem Regelrechten im Sinne jenes Ausspruchs des Oberverwaltungsgerichts zusammen, d. h. mit den Anforderungen, die zur Verhütung von Schaden nach verständigem Ermessen vom Standpunkte der höchsten Einsicht und Sachkunde aus zu erheben sind. Hinter diesen Anforderungen bleiben z. B. die gewöhnlichen tatsächlichen Verhältnisse in sanitärer Hinsicht sowie hinsichtlich der Feuersicherheit oft genug zurück. Dann ist die Polizei berechtigt, ihnen entgegenzutreten. Den Verhältnissen, wie sie tatsächlich der Regel nach bestehen, und dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge kann daher ein Maßstab, der für die Polizei bindend wäre, nicht entnommen werden.

Aber es darf davon ausgegangen werden, daß das, was regelmäßig geschieht oder regelmäßig aus Sorge vor Schaden unterlassen wird, einen wesentlichen Anhalt für die Beurteilung bietet. Die Polizei braucht nicht alles, was gewöhnlich stattfindet, darum ferner zu dulden oder, wo etwas unterbleibt, was sonst zur Vermeidung von Schaden geschieht, dies als das Normale zu fordern. Jedoch wird die Polizei, ehe sie davon abweicht, besonders vorsichtig prüfen müssen; denn dafür, daß es mit den Anforderungen an Gefahrlosigkeit übereinstimmt, spricht eine gewisse Vermutung[111]).

Aus der herkömmlichen Zulassung eines Zustandes oder Vorganges seitens der Polizei ist ebenfalls zu schließen, daß dadurch polizeiliche Interessen nicht gefährdet werden[112]). Der Schluß ist jedoch unsicher, weil die Polizei früher mangelhaft unterrichtet gewesen sein oder ihre Pflicht versäumt haben oder in Ausübung ihres freien Ermessens unterlassen haben kann, gegen eine vorhandene Gefahr einzuschreiten. Im letzten Falle kann vielleicht auf die Ungleichmäßigkeit der Behandlung der Einwand der Willkür und damit der Pflichtwidrigkeit bei Ausübung des freien Er-

[111]) Vgl. Rotering a. a. O. S. 12.

[112]) Auf die gewohnte Handhabung (maintien habituel de l'ordre public) verweist auch das französische Recht im Artikel 19 des Gesetzes vom 25. Oktobr 1795 (3. Brumaire des Jahres IV.).

Digitized by Google

messens gestützt werden[113]), doch berührt dies nicht die Frage nach dem Vorhandensein einer Gefahr. —

Die Abweichung von dem Regelrechten ist ein Erfordernis des Gefahrbegriffs auch bei dessen Verwendung in anderen, aber nicht in allen Rechtsgebieten. Es leuchtet ein, daß, wenn die Entstehung einer Gefahr zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ein abnormer Zustand eingetreten sein muß und das Strafgesetz mit der von ihm bedrohten Gefährdung nicht einen regelrechten Zustand gemeint haben kann[114]). Ebensowenig das bürgerliche Recht bei Bestimmungen über Abwendung von Gefahren[115]). Anderseits wird jedoch im Rechtsleben bei der Gefahr keineswegs immer eine Regelwidrigkeit vorausgesetzt, namentlich nicht bei den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über Tragung einer Gefahr, da diese die Möglichkeit eines im regelrechten Verlaufe der Dinge eintretenden Schadens vorsehen[116]), und auch nicht bei den hauptsächlich mit der normalen Möglichkeit eines Schadens rechnenden Versicherungen gegen Feuersgefahr usw. oder bei den Gefahrklassen (Gefahrtarifen) der Reichsversicherungsordnung[117]).

VI. Unbestimmtheit des Begriffs der Gefahr. — Nachprüfung des Verwaltungsrichters.

1. Tritt zu den früher erörterten Gesichtspunkten noch als Anhalt für Beurteilung einer Gefahr die Regel des Lebens, so hört

---

[113]) Fleiner a. a. O. S. 131 und Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 54 S. 266; jedoch anderseits ebenda Bd. 3 S. 337 sowie Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 27 S. 775 r. und Jahrg. 21 S. 266 r.

[114]) Frank a. a. O. S. 10 ff. Anderen Strafrechtslehrern erscheint wohl die Abnormität des Zustandes, den sie als Gefahr ansehen, als selbstverständlich. Vgl. v. Liszt a. a. O. S. 129. Über die verschiedenen Gefährdungsdelikte siehe Binding a. a. O. Bd. 1 S. 384 ff., v. Rohland a. a. O. S. 6 ff.

[115]) § 228, § 229, § 904 und § 908 BGB. Unter einer gegenwärtigen Gefahr im Sinne des § 904 des BGB. ist nach Ausspruch des Reichsgerichts (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 57 S. 191 ff.) ein außergewöhnliches Ereignis zu verstehen, durch das die bestehenden Verhältnisse, mit denen man rechnen muß, derartig verändert werden, daß eine sofortige Abhilfe notwendig wird.

[116]) § 270, § 300 Abs. 2, § 379 Abs. 2, § 446, § 447, § 588 Abs. 1, § 644, § 811 Abs. 2 und § 2380 BGB.

[117]) Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 § 706 ff.

Digitized by Google

doch darum der Begriff der polizeirechtlichen Gefahr im allgemeinen nicht auf, ein unbestimmter, schwankender zu sein. Diese Eigenschaft wird durch keine noch so eindringende Untersuchung beseitigt werden können[118]); denn sie folgt aus der Vielseitigkeit und dem Wechsel der Lebensbedürfnisse, denen die polizeilichen Maßnahmen gerecht werden sollen, aus dem Schwanken der Anschauungen über die Erfordernisse des gesellschaftlichen Zusammenlebens auch unter den Einsichtigsten, sowie daraus, daß die Machtbefugnisse der Polizei nicht an scharf umgrenzte Voraussetzungen gebunden werden können[119]). Schließlich bleibt es doch bei dem verständigen Ermessen, für das bloß Gesichts- und Anhaltspunkte gegeben werden können. Die polizeirechtliche Gefahr läßt sich hiernach nur bezeichnen als eine die erkennbare objektive Möglichkeit eines Schadens enthaltende Sachlage, der — unter Berücksichtigung des Grades der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts und des Wertes des bedrohten Gutes einerseits, sowie der Interessen an der Nichtverhinderung der Schadensmöglichkeit anderseits — nach verständigem Ermessen vorzubeugen ist. Die Auffassung der Gefahr als objektiver Möglichkeit eines Schadens wird auch anderweit vertreten, insbesondere durch v. Kries[120]). Zur Abgrenzung der polizeirechtlichen Gefahr innerhalb des zu weiten Begriffs der objektiven Möglichkeit eines Schadens bedarf es aber noch der einschränkenden Bezugnahme auf ein unter jenen Gesichtspunkten auszuübendes Ermessen[121]). Gegen die Bezeichnung der Gefahr als naheliegender Möglichkeit eines Schadens ist — abgesehen von der Bildlichkeit

[118]) v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 321, Rosin, Begriff der Polizei S. 71.

[119]) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 6, Lorenz Stein a. a. O. 4. Teil S. 27 ff.

[120]) Vierteljahrsschrift usw. S. 287 ff., 322. Dasselbe ist es, wenn Lammasch — a. a. O. S. 240 — eine nicht vollkommen übersehbare Situation, in welcher einzelne Antezedenzien eines verletzenden Erfolges erkennbar seien, während bezüglich der übrigen die Existenz oder spätere Existenz zweifelhaft sei, Gefahr nennt.

[121]) Walter Jellinek — a. a. O. S. 284 — erklärt für entscheidend, ob das Interesse stark genug sei, um „nach gesellschaftlichen Anschauungen" ein polizeiliches Eingreifen zu rechtfertigen. Auf den Zusammenhang des verständigen Ermessens mit den gesellschaftlichen Anschauungen ist auch hier unter V hingewiesen worden.

Digitized by Google

des Ausdrucks — hauptsächlich einzuwenden, daß sie eine Unterscheidbarkeit (Abstufbarkeit) der Möglichkeiten voraussetzt, ohne das Unterscheidungsmerkmal anzugeben, oder den Irrtum erweckt, als käme es allein auf den Grad der Wahrscheinlichkeit an. Einer Bestimmung der polizeirechtlichen Gefahr als Lage der Dinge, welche die Besorgnis eines Schadens rechtfertige, steht entgegen, daß sie die wesentliche Frage, wodurch eine Lage hierzu geeignet werde, völlig offen läßt, außerdem aber, daß die Polizei nicht immer einschreiten darf, wenn die Befürchtung eines Schadens an sich gerechtfertigt sein möchte, sondern zu erwägen hat, ob nicht auf der anderen Seite überwiegende Interessen durch ihr Einschreiten verletzt werden würden. Daß die hier vorgeschlagene Begriffsbestimmung mit ihrem Hinweis auf das verständige Ermessen keine scharfen, die Schwierigkeit der praktischen Handhabung beseitigenden Merkmale bietet, wird keineswegs verkannt, liegt aber in der Natur der Sache.

2. Die Unbestimmtheit des Begriffs der Gefahr war wohl der Grund, weshalb die Rechtsprechung anfänglich gezögert hat, für den Verwaltungsrichter die volle Nachprüfung des Vorhandenseins einer Gefahr in Anspruch zu nehmen. Zur Abweisung der Klage erachtete das Oberverwaltungsgericht — ohne strenge Scheidung einer Anwendung des § 10 II 17 ALR. von einer Anwendung besonderer, der Polizei weitergehende Befugnisse einräumender Vorschriften — früher für ausreichend, wenn nicht dargetan würde, die angefochtene polizeiliche Verfügung beruhe nicht sowohl auf objektiven polizeilichen Motiven als vielmehr auf Willkür oder sonstiger Pflichtwidrigkeit oder entbehre gänzlich der objektiven polizeilichen Unterlage[122]). Dagegen nimmt die neuere Rechtsprechung den Standpunkt ein, daß der Verwaltungsrichter über das Vorhandensein einer Gefahr frei zu entscheiden und die Verfügung aufzuheben hat, wenn nach seiner Überzeugung die Annahme einer Gefahr nicht begründet war[123]). Dieser letztere Standpunkt entspricht der Lage der Gesetzgebung; denn nach § 127 und

[122]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 3 S. 340, Bd. 5 S. 407, Bd. 7 S. 392 und Bd. 11 S. 371. Vgl. hierüber Friedrichs im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 30 S. 320 ff.

[123]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 25 S. 162 l., Jahrg. 37 S. 104 r., Jahrg. 38 S. 361 r. sowie Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 39 S. 294 ff. und Bd. 44 S. 343.

Digitized by Google

§ 128 des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883 kann die Klage darauf gestützt werden, daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden, und nach § 10 II 17 ALR. gehört zu den tatsächlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit des polizeilichen Einschreitens behufs Abwendung einer Gefahr das Bevorstehen einer solchen. Wenn in den Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts von den äußersten, dem polizeilichen Ermessen gezogenen Grenzen die Rede ist und aus deren Nichtüberschreitung die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Verfügung ohne weitere Prüfung hergeleitet wird [124]), so ist dies nur zutreffend für das unter den Voraussetzungen des § 10 II 17 ALR. gegebene freie Ermessen, aber unzutreffend hinsichtlich des zur Feststellung der Voraussetzungen erforderlichen, der vollen Nachprüfung des Verwaltungsrichters unterworfenen Ermessens. Wird die Schließung eines Brunnens angeordnet, weil ein Genuß des Wassers die Gesundheit gefährde [125]), so ist bei Anfechtung der Anordnung zu unterscheiden, ob die Gefahr überhaupt zu verneinen ist, oder ob infolge einer nicht ganz einwandfreien Lage und Beschaffenheit des Brunnens zwar eine Gefahr noch vorliegt, sie aber nicht so groß ist, daß nicht vielleicht von deren Beseitigung oder völliger Beseitigung hätte abgesehen werden können. Letzteres ist eine Erwägung der Zweckmäßigkeit, welche die durch das Vorhandensein einer polizeirechtlichen Gefahr begründete und bis zu deren Beseitigung reichende Berechtigung des polizeilichen Einschreitens nicht berührt — wogegen die Gefahr selbst die Tatsache ist, von der die Zulässigkeit des polizeilichen Einschreitens abhängt. Freilich ist von der noch vorhandenen, aber geringfügigen Gefahr bis zu deren gänzlichem Fehlen oft ein Übergang ohne sichere Merkmale. Werden durch einen Straßenkrawall zur Verhütung weiterer Gefahren Absperrungsmaßregeln erforderlich, so dürfen sich diese nicht auf eine entferntere Gegend erstrecken, wo der Verkehr keine Gefahr hervorrufen würde, aber innerhalb des gefährdeten Gebiets mehr oder weniger weit mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs oder

---

[124]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 2 S. 394, Bd. 40 S. 440, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 18 S. 422 l., Jahrg. 19 S. 343 r., Jahrg. 20 S. 112 r.

[125]) Vgl. die von Friedrichs im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 30 S. 371 l. zusammengestellten Entscheidungen.

Digitized by Google

aus sonstigen Zweckmäßigkeitsgründen. Für die Abmessung des Gebiets, wo eine Gefahr entstehen würde, fehlt es an bestimmten Kennzeichen. Um der Polizei die unentbehrliche Bewegungsfreiheit nicht zu verkümmern, wird die Rechtsprechung in derartigen Fällen vermeiden müssen, die Annahme einer Gefahr allzusehr einzuschränken.

Für die zur Abwendung einer Gefahr „nötige Anstalt" im Sinne des § 10 II 17 ALR. gilt hinsichtlich der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung dasselbe wie für das polizeiliche Einschreiten an sich: wie dessen Zulässigkeit durch das Bevorstehen einer Gefahr bedingt ist, so die Zulässigkeit der Anstalt und ihres Umfanges dadurch, daß sie zur Abwehr der Gefahr nötig ist, was sich nicht selten nach dem jeweiligen Stande der Technik bestimmt. Soweit reicht daher die Kontrolle des Verwaltungsrichters, wenngleich sich auch hier die Rechtsprechung zum Teil zurückhaltend gezeigt hat[126]). Zwar handelt es sich vielfach um schwer zu beurteilende Ermessensfragen, aber frei ist das Ermessen nur bis zur Beseitigung der Gefahr, nicht über das dazu Nötige hinaus. Die Frage, was und wieviel zur Beseitigung einer Gefahr erforderlich sei, kann schließlich nicht schwerer zu entscheiden sein als die Frage nach dem Vorhandensein einer Gefahr, weil die Erforderlichkeit eines ganz bestimmten Mittels davon abhängt, ob trotz Anwendung eines anderen oder geringeren Mittels noch eine Gefahr fortdauern würde, also von der Frage nach dem eventuellen ferneren Vorhandensein einer Gefahr. Das polizeiliche Verlangen, einen Brunnen zu schließen, ging nach Ansicht des Bezirksausschusses zu weit, weil die Verwendung des Wassers zu gewissen Zwecken ungefährlich sei; darauf wurde vom Oberverwaltungsgericht erwogen, daß die Freigabe des Wassers zu einzelnen Zwecken die Gesundheitsgefahr fortbestehen lasse, da eine Kontrolle über die Art der Verwendung nicht ausführbar sei und eine Warnung vor dem Genusse keine

[126]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 40 S. 439, Bd. 49 S. 301, Bd. 61 S. 162, 291, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 22 S. 479 f., Jahrg. 37 S. 329 f. und Jahrg. 39 S. 92 ff. Wegen teilweiser Abweichung der früheren Rechtsprechung ist zu verweisen auf die Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 10 S. 267 ff. und im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 6 S. 381 f., Jahrg. 22 S. 214 f., sowie auf Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze S. 307 ff. Vgl. Friedrichs im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 30 S. 320 ff. und Walter Jellinek a. a. O. S. 289 ff.

Digitized by Google

Sicherheit biete[127]). Die Notwendigkeit einer Schließung des Brunnens als Mittels zur Abwendung einer Gesundheitsgefahr wurde hiernach damit begründet, daß ohne die Schließung des Brunnens eine Gefahr noch vorhanden sein würde. Wenn vorher betreffs der infolge eines Straßenkrawalls zu erlassenden Absperrungsmaßregeln bemerkt wurde, daß sie sich nur auf das gefährdete Gebiet erstrecken dürfen, so folgt auch daraus, daß die Zulässigkeit ihres Umfanges, also der nötigen Anstalt, von Feststellung der Gefährdung abhängt.

Soweit die Grenze der Gefährlichkeit — wie bei Anwendung des § 10 II 17 ALR. — nicht durch die Rechtsordnung genauer bestimmt ist, liegt die Ausmessung und Ausgestaltung der zur Fernhaltung von Gefahren nötigen Anforderungen den Polizeibehörden unter Kontrolle der Verwaltungsgerichte ob[128]). Die Feststellung des Verwaltungsrichters, daß eine Gefahr bestanden oder nicht bestanden habe, eine Anstalt nötig oder nicht nötig gewesen sei, ist aber tatsächlicher Art und daher, wofern nicht der rechtliche Begriff der Gefahr oder der nötigen Anstalt verkannt ist oder das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet, mit der Revision nicht angreifbar[129]).

VII. Erkennbarkeit der Gefahr.

Kommt es im Polizeirechte nach unserer früheren Ausführung auf die Erkennbarkeit der Möglichkeit eines Schadens an, so scheiden als Gründe für oder gegen die Annahme einer Gefahr alle Dinge und Zusammenhänge aus, die nicht zu erkennen sind. Unerkennbar ist aber nur, was weder unmittelbar sinnlich wahrgenommen noch auch aus anderen sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen mehr oder weniger sicher geschlossen oder sonstwie vermutet werden kann, und Dinge, die früher wahrgenommen werden konnten und tatsächlich den Beteiligten bekannt geworden sind, gehören auch

---

[127]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 24 S. 279 r. ff. Vgl. auch Jahrg. 39 S. 93 l.

[128]) Fleiner a. a. O. S. 176 ff. spricht von „Gestaltungsverfügungen", Friedrichs im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 30 S. 371 r. von „selbständigen Verfügungen".

[129]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 4 S. 371, Bd. 73 S. 326 ff., Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 38 S. 361 l. Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 10 S. 176.

Digitized by Google

später nicht zu den bezüglich der Möglichkeit eines Schadens für unerkennbar zu erachtenden [130]).

Gibt ein Mensch durch sein Verhalten, etwa durch Drohungen, ausreichenden Grund zu der Befürchtung, daß er eine strafbare Handlung begehen werde, so liegt in der Regel eine Gefahr vor, der die Polizei durch Eingriff in die Handlungsfreiheit begegnen darf (§ 2 II 17 ALR.). Dazu ist sie berechtigt, auch wenn eine Absicht, die Drohung zu verwirklichen, in Wahrheit nicht besteht, sofern die Polizei nicht in der Lage ist, hierüber Gewißheit zu erlangen. Die innere Absicht bleibt, weil unerkennbar, für die Berechtigung des polizeilichen Einschreitens bedeutungslos. Auf die eigene Kenntnis des Betroffenen über die für die Außenwelt nicht erkennbare Richtung seines Willens kann es nicht ankommen, weil er selbst die Quelle der Gefahr ist, und die Polizei kann im allgemeinen nicht genötigt sein, von ihm erst eine Auskunft zu erfordern. So hat auch das Oberverwaltungsgericht in einem Falle, wo das äußere Benehmen eines Menschen gemeingefährliche Geisteskrankheit besorgen ließ, ohne Feststellung des wahren Geisteszustandes mit Rücksicht auf dessen Unerkennbarkeit eine polizeiliche Überwachung für gerechtfertigt erklärt [131]).

Sind Verhältnisse, von denen die Annahme einer das polizeiliche Einschreiten rechtfertigenden Gefahr abhängt, zwar den Beteiligten bekannt, aber für die Polizei nicht erkennbar, so steht der Polizei nach der Rechtsprechung die Befugnis zu, Auskunft zu verlangen; die Auskunft erscheint als die nötige Anstalt, um polizeiwidrigen Zuständen vorzubeugen, das Verlangen einer Auskunft als der nötige vorbereitende Schritt [132]). Vermag die Polizei ohne

[130]) Bei der strafrechtlichen Gefahr werden den allgemeinen erkennbaren die dem Täter bekannten Umstände gleichgestellt (v. Liszt a. a. O. S. 129).

[131]) Urteil vom 7. April 1899 — I 644 —. Dort wurde ausgeführt: Es genüge, daß Tatsachen vorgekommen seien, aus denen sich die Besorgnis ergebe, daß der Kläger andere Personen tätlich angreifen möchte. Sei der Kläger in der Tat nicht gemeingefährlich geisteskrank gewesen und habe nach seinem wahren Geisteszustand überhaupt keine Gefahr bestanden, so sei doch zu berücksichtigen, daß die Polizeibehörde den inneren Geisteszustand eines Menschen nicht unmittelbar erkennen könne. Die Berechtigung der polizeilichen Anordnung hänge also nicht von der Feststellung des damaligen Geisteszustandes des Klägers ab.

[132]) Jebens im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 24 S. 401 ff., Friedrichs, Polizeigesetz S. 20 ff., v. Brauchitsch a. a. O. S. 226 ff.

Digitized by Google

Anhörung der Beteiligten nicht zu beurteilen, welche Maßnahmen zur Erhaltung eines polizeigemäßen Zustandes am wenigsten beschweren, so soll sogar, wie das Oberverwaltungsgericht angenommen hat[133]), erst eingeschritten werden dürfen, nachdem die Polizei über die Art der Einschränkung mit den Beteiligten verhandelt hat. In derartigen Fällen wird anscheinend daraus, daß nur die zur Abwendung einer Gefahr nötige Anstalt verlangt werden darf, das Erfordernis einer vorherigen Anhörung der Beteiligten hergeleitet, weil ihnen nicht die Gelegenheit entzogen werden soll, den ihren Interessen am meisten entsprechenden, ihnen am besten bekannten Weg zur Vermeidung eines polizeiwidrigen Zustandes selbst vorzuschlagen. So zweckmäßig hier die Anhörung der Beteiligten gewiß ist, erscheint es doch zweifelhaft, ob von ihr die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Verfügung abhängt und nicht vielmehr nur davon, daß nicht tatsächlich zu viel verlangt wird. Über gefährliche Zustände auf einem Grundstücke kann sich die Polizei durch Einnahme des Augenscheins unterrichten, die von den Beteiligten geduldet werden muß, wenn sie zur Vorbereitung der polizeilichen Entschließung nötig ist[134]).

Die für die polizeirechtliche Beurteilung maßgebende Unerkennbarkeit muß allgemein sein. Für die objektive Möglichkeit ist nicht entscheidend, daß einzelne, insbesondere diejenigen Personen, welche der Gefahr begegnen sollen oder von ihr bedroht werden, die Sachlage nicht erkennen und auch nicht erkennen können, sondern Unerkennbarkeit ist nur da anzunehmen, wo ungeachtet der größten Erfahrungen und der besten technischen Hilfsmittel vom Standpunkte der Wissenschaft und Technik aus die Sachlage nicht zu ergründen ist[135]) oder dies doch nicht ohne Zerstörung wertvoller Güter oder ohne sonstige unverhältnismäßige Aufwendungen geschehen kann. Deshalb bedarf es, falls die Lage nur für den Sachverständigen erkennbar ist, der Zuziehung eines solchen. Davon geht jene früher erwähnte, den ursächlichen Zusammenhang betreffende Entscheidung aus, indem sie über diesen Zusammenhang bemerkt: er könne so allgemein bekannt sein, in so

---

[133]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 49 S. 302.

[134]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 43 S. 414 ff., Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 25 S. 884 r.

[135]) Traeger a. a. O. S. 159, 161; v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 291.

Digitized by Google

allgemein bekannten Erfahrungstatsachen seine Grundlage finden, daß jeder Verständige darüber zu urteilen vermöge, aber er könne auch dem gewöhnlichen Wissen verborgen sein und nur das Wissen Fachkundiger ihn zu entdecken und festzustellen vermögen [136]).

Wenn eine längere Beobachtung erforderlich ist, ehe über die Gefährlichkeit eines Zustandes endgültig geurteilt werden kann, so sind unter Umständen Vorsichtsmaßregeln für die Zwischenzeit gerechtfertigt, bis sich die Unschädlichkeit feststellen läßt. Bis dahin ist deshalb mit der Unerkennbarkeit gemäß unserer früheren Darlegung die objektive Möglichkeit eines Schadens gegeben. Zeigen sich bei einem Gebäude Risse im Mauerwerke, deren Ursache nicht sofort festgestellt werden kann, und erscheint deshalb die Standfestigkeit des Gebäudes zweifelhaft, so sind zur Vermeidung eines möglichen Einsturzes vorläufig entsprechende bauliche Maßnahmen zu treffen. Daß diese Maßnahmen ungerechtfertigt gewesen wären, ist aus einer späteren Feststellung der Bedeutungslosigkeit der Risse nicht zu folgern, sofern sie vorher nicht erkennbar war und deshalb mit der Gefährlichkeit der Risse gerechnet werden mußte [137]). Ein Arzt, der bei einem Menschen Erscheinungen findet, die den Ver-

[136]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 16 S. 126 r. Bei dieser Entscheidung handelte es sich um die Ursache des Aufsteigens von Kohlensäure aus dem Erdinnern.

[137]) Einen derartigen Fall behandelt eine im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 32 S. 119 ff. abgedruckte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts. Nach dem Einsturze zweier Häuser war die Absteifung des Nachbarhauses zur Sicherung gegen Einsturzgefahr für erforderlich erachtet worden. Später erwies sich zwar die Mauer als standfest, zunächst war aber die Sachlage zweifelhaft und Gewißheit hierüber nicht zu erlangen, weil der Schutt der eingestürzten Häuser und das zusammengebrochene Gebälk gegen die Mauer lehnten. Die vorläufige Anordnung der Absteifung wurde deshalb für gerechtfertigt erachtet und war es auch objektiv, wenn gegen die Standfestigkeit begründete, nicht sofort zu beseitigende Zweifel obwalteten. Abweichend meint v. Buri a. a. O. S. 326: Werde der Abbruch eines nach allgemeiner Erfahrung baufälligen Hauses angeordnet, ergebe sich dann aber beim Abbrechen eine Konstruktion von bestem Eichenholze, so daß der Einsturz nicht befürchtet zu werden brauche, so sei das Haus seiner objektiven Beschaffenheit nach nicht gefährdet gewesen. Allein die Anordnung muß für gerechtfertigt erachtet werden, sofern die Konstruktion vor dem Abbruche nicht erkennbar war, und ihre Berechtigung setzt voraus, daß eine Gefahr bestand, nicht bloß nach der irrigen Meinung der Polizeibehörde, sondern objektiv. Daraus, daß die Anordnung aufzuheben war, sobald sich die Standfestigkeit herausstellte, folgt nicht, daß die Anordnung vorher nicht gerechtfertigt gewesen wäre.

Digitized by Google

dacht einer schweren Krankheit begründen, wird, bis sich herausstellt, ob die Krankheit wirklich vorliege, zur Vorsicht manches anordnen, was sich später vielleicht als unnütz erweist; trotzdem waren die Anordnungen des Arztes wegen der damaligen Unerkennbarkeit des Zustandes vollkommen gerechtfertigt. Ebenso verhält es sich mit dem polizeilichen Einschreiten gegenüber einer Lage, die erst durch längere Beobachtung aufgeklärt werden kann, bis dahin aber die Möglichkeit eines schädlichen Erfolges in sich schließt.

Mit der Verpflichtung der Polizei, vor ihrer Entschließung Sachverständige zu hören, falls sie ohne deren Hilfe die Sachlage nicht zu übersehen vermag, steht es selbstverständlich in keinem Widerspruche, wenn sie annehmen darf, daß nicht in jedem Augenblicke vor Benutzung einer dauernden Einrichtung deren Ungefährlichkeit durch Sachverständige festgestellt werden kann. Daher darf sie die Schließung eines Brunnens verlangen, in den nach seiner Beschaffenheit und Lage leicht unbemerkt Krankheitskeime eindringen können, und sie kann dabei von der Untunlichkeit einer dem jedesmaligen Genusse des Wassers vorhergehenden Untersuchung durch Sachverständige ausgehn, zumal die sichere Erwartung einer solchen Untersuchung auch durch die Unvorsichtigkeit und Sorglosigkeit mancher Menschen ausgeschlossen sein würde [138]).

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn sich die Polizei genötigt glaubt, schleunigst einzuschreiten, ohne das zur Beurteilung des Zustandes erforderliche Gutachten eines Sachverständigen abzuwarten, und wenn dann dieses Gutachten die Gefahr verneint [139]). Zwar braucht darum das polizeiliche Einschreiten nicht auf Pflichtverletzung zu beruhen, aber als *berechtigt* im Sinne der §§ 127, 128 des Landesverwaltungsgesetzes kann es nicht gelten, sofern die Ungefährlichkeit für einen Sachverständigen sofort erkennbar war. In einem solchen Falle muß die polizeiliche Verfügung vom Verwaltungsrichter aufgehoben werden, obwohl sich die unter Umständen zu raschem Einschreiten berufene Polizeibehörde ohne Verschulden in den tatsächlichen Voraussetzungen geirrt und darum im Sinne des Konfliktsgesetzes vom 13. Februar 1854 keiner Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse schuldig gemacht hat [140]).

---

[138]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 19 S. 343 f. und Jahrg. 24 S. 280.

[139]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 38 S. 361.

[140]) Vgl. v. Brauchitsch a. a. O. S. 769.

Digitized by Google

Für die Erkennbarkeit einer Gefahr ist, sofern es sich um die Berechtigung des polizeilichen Einschreitens handelt, der Zeitpunkt des Einschreitens entscheidend. Was in diesem Zeitpunkte zu erkennen ist oder den Beteiligten bis dahin bekannt geworden war, muß für erkennbar gelten, alles andere für unerkennbar, auch wenn es später aufgehört hat, unerkennbar zu sein. Die Tätigkeit der Polizei ist hier lediglich vorbeugend (präventiv), mag eine Gefahr bevorstehen oder schon eingetreten sein; das Ziel ist immer, Schaden oder Gefahr für die Zukunft abzuwenden. Auch wenn die Polizei die Beseitigung eines Zustandes verlangt, in welchem sie eine Gefahr erblickt, bezweckt sie, die aus der Fortdauer dieses Zustandes folgende, also eine künftige Gefahr zu verhüten[141]). Die Prävention schöpft aber ihre Berechtigung aus der tatsächlichen Lage, wie sie sich im Augenblicke des Einschreitens darstellt, und zu der tatsächlichen Lage gehört die Erkennbarkeit oder Unerkennbarkeit der Gefahr. Sowenig wie die Berechtigung des polizeilichen Einschreitens durch sonstige spätere Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse berührt wird, sowenig geschieht dies durch eine Änderung, die einen Einblick in die Unmöglichkeit eines Schadens eröffnet. Wird die Ungefährlichkeit von Rissen im Mauerwerk eines Hauses, die vorher nicht festgestellt werden konnte, nachträglich dadurch offenbar, daß das Gebäude vom Blitze oder durch Feuer zerstört wird, so verlieren die früher erlassenen polizeilichen Anordnungen nicht ihre damalige Berechtigung, wenn auch ihre Aufhebung für die Zukunft verlangt werden kann. Zwar wird deshalb die Beschwerdeinstanz die polizeiliche Verfügung aufheben, aber damit nicht anerkennen, daß die Verfügung nicht zu Recht ergangen wäre.

Was den Verwaltungsrichter betrifft, so ist, wenn angenommen wird, daß die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit des polizeilichen Einschreitens der Beurteilung zugrunde zu legen sind[142]),

---

[141]) Danach scheint es mir nicht zutreffend, wenn Schultzenstein (Verwaltungsarchiv Bd. 14 S. 19 ff.) die auf Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes gerichtete Tätigkeit für repressiv erklärt.

[142]) Hierüber gehen die Ansichten in der Rechtsprechung und unter den Schriftstellern auseinander, da zum Teil angenommen wird, daß es auf die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit des Urteils ankomme (vgl. Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz S. 198 ff.). Doch muß dies, weil über die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens zu entscheiden

Digitized by Google

folgerichtig auch die Erkennbarkeit von ihm nach diesem Zeitpunkte zu beurteilen [143]). Der Verwaltungsrichter hat sich daher bezüglich der Erkennbarkeit — wie überhaupt bezüglich des ganzen Sachverhalts — in die Lage der einschreitenden Polizeibehörde oder der ihre Anordnung aufrechterhaltenden letzten Beschwerdeinstanz zurückzuversetzen [144]), von diesem Standpunkt aus über das frühere Drohen einer Gefahr zu entscheiden und den Beteiligten zu überlassen, bei der Polizei die Aufhebung der Verfügung zu beantragen, wenn sich inzwischen die Ungefährlichkeit herausgestellt hat [145]). Hat aber nach der abweichenden Meinung der Verwaltungsrichter gemäß der tatsächlichen Lage, wie sie sich bis zum Urteile gestaltet hat, sachlich über Aufrechterhaltung der polizeilichen Verfügung zu entscheiden, so muß doch auch unter dieser Voraussetzung die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens, also auch die Erkennbarkeit der Gefahr lediglich nach der damaligen Lage der Sache beurteilt werden, was besonders gegenüber dem Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtswegs vom 11. Mai 1842 in Betracht kommt und nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts auf Verlangen im Urteil Ausdruck zu finden hat [146]).

Gehört die Entstehung einer Gefahr zum Tatbestand einer strafbaren Handlung, so gelten für die *strafrichterliche* Feststellung der Gefahr nicht dieselben Grundsätze wie für die *polizeiliche*, weil der Strafrichter zu prüfen hat, ob eine Gefahr entstanden war [147]), die Polizei, ob eine Gefahr oder ein Schaden bevorstehe,

---

ist, verneint werden, wie auch durch eine im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 38 S. 360 f. abgedruckte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts noch neuerdings geschehen ist.

[143]) So auch Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 16 S. 127.

[144]) Im Falle des § 128 des Landesverwaltungsgesetzes auf den Standpunkt der Polizeibehörde, im Falle des § 127 ebenda auf den der letzten Beschwerdeinstanz, weil diese die Verfügung hätte ändern können und sich die Klage gegen den letzten Beschwerdebescheid richtet.

[145]) Wird die Aufhebung abgelehnt, so kann die Ablehnung mit den Rechtsmitteln angefochten werden, die gegen polizeiliche Verfügungen zugelassen sind (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 15 S. 413 ff.).

[146]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 24 S. 354 ff., Bd. 30 S. 374 ff. Vgl. § 131 des Landesverwaltungsgesetzes.

[147]) Zur Anwendung des § 330 des Strafgesetzbuchs genügt nicht, daß der Eintritt einer Gefahr zu erwarten war, sondern es muß eine gegenwärtige Gefahr durch einen Verstoß wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst herbeigeführt worden sein (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strsf-

Digitized by Google

für den Strafrichter die Entstehung einer Gefahr eine Voraussetzung der Bestrafung bildet, für die Polizei das Bevorstehen einer Gefahr oder eines Schadens eine Voraussetzung ihrer vorbeugenden Tätigkeit. Wenn daher im Strafrecht erörtert wird, ob über die Gefahr nach der Gegenwart oder nach der Vergangenheit zu urteilen sei, so läßt sich das Ergebnis dieser Erörterungen nicht auf das Polizeirecht einfach übertragen [148]).

VIII. Gefahr als Voraussetzung von Polizeiverordnungen.

1. Abstrakte Gefahr.

Nicht nur durch polizeiliche Verfügungen, welche die konkreten Fälle regeln, äußert sich die Polizeigewalt, sondern auch, auf Grund einer Übertragung der Gesetzgebung, in Polizeiverordnungen, d. i. im Erlasse von allgemeinen Vorschriften, die Rechtsnormen bilden [149]). Nach dem Wesen der Polizei dienen Polizei-

---

sachen Bd. 5 S. 254 ff., Bd. 31 S. 180 ff.; v. Olshausen a. a. O. S. 1354). Mit dem Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr scheint es sich schwer zu vereinigen, wenn das Reichsgericht — ebenda Bd. 6 S. 130 — den Tatbestand des § 330 des Strafgesetzbuchs mit der Fertigstellung eines Rohbaues für erfüllt ansieht, falls bei der Bauausführung die Regeln zum Schutze der Bewohner gegen Feuersgefahr verletzt sind, und dabei ausführt, es werde nur erfordert, daß die regelwidrige Herstellung geeignet sei, Gefahr für Menschen herbeizuführen. Wird eine gegenwärtige Gefahr verlangt, so kann ein Zustand, der bloß geeignet ist, eine Gefahr herbeizuführen, aber selbst noch keine Gefahr enthält, nicht ausreichen. Indes darf wohl angenommen werden, daß in einem derartigen Falle mit der Fertigstellung des Rohbaues die Gefahr des Bewohnens eines feuergefährlichen Hauses bereits entstanden ist, weil die Verwendung zum Wohnen, wie auch die Entscheidung des Reichsgerichts — S. 131 — hervorhebt, seiner Bestimmung und dem gewöhnlichen Verlauf entspricht.

[148]) Nach einer die §§ 315 und 316 des Strafgesetzbuchs betreffenden Entscheidung des Reichsgerichts — Bd. 14 S. 136 ff. — kommt es darauf an, ob durch die Pflichtvernachlässigung in irgendeinem Zeitpunkte von der Pflichtvernachlässigung an, bis sie eine Wirkung auf den Transport nicht mehr ausüben konnte, ein Zustand herbeigeführt war, in welchem die Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung des Transports vorlag. Finger (a. a. O. S. 105) verlangt eine nachträgliche Prognose. Siehe auch Traeger über den Kausalzusammenhang a. a. O. S. 136 ff., 160 ff. und v. Kries, Vierteljahrsschrift usw. S. 296 ff.

[149]) Fleiner a. a. O. S. 70. So auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 60 S. 327.

Digitized by Google

verordnungen ebenfalls dem Zwecke, Gefahren abzuwenden. Der Umfang des Rechtes zum Erlasse von Polizeiverordnungen bestimmt sich zwar nach der gesetzlichen Ermächtigung, die über den Rahmen der allgemeinen polizeilichen Aufgaben hinausgehen kann; soweit aber die gesetzliche Ermächtigung in diesem Rahmen bleibt und die Aufgaben der Polizei nicht durch Gesetz erweitert sind, muß die Polizeiverordnung die Abwendung von Gefahren bezwecken. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts und des Kammergerichts, womit die Wissenschaft zum größten Teile übereinstimmt, ist in Preußen die Grenze für das Recht zum Erlasse von Polizeiverordnungen — bis auf Spezialbestimmungen — durch § 10 II 17 ALR. gezogen und enthält das Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850 [150]) keine allgemeine hierüber hinausgehende Ermächtigung, namentlich auch nicht in § 6 i [151]). Daß die im § 6 unter den Buchstaben a bis h aufgeführten Gegenstände der ortspolizeilichen Vorschriften der Hauptsache nach innerhalb der Grenzen des § 10 II 17 ALR. bleiben, wird von keiner Seite bestritten. Rosin, der die Meinung vertritt, daß das Polizeiverordnungsrecht in Preußen nicht an die Schranke des § 10 a. a. O. gebunden sei, erkennt doch an, daß sich die durch das tägliche Leben zunächst gegebenen Fälle eines polizeiverordnungsmäßigen Einschreitens auf dem weiten Gebiete der Sicherheitspolizei im Sinne des § 10 II 17 ALR. bewegen werden, und daß die im § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes genannten Gegenstände überwiegend diesem Gebiet angehören [152]). Der Schutz der Personen und des Eigentums — § 6 a — kann nur in Abwehr von Gefahren oder Schadensmöglichkeiten bestehen, wohin sich die Sorge für Leben und Gesundheit — § 6 f — jedenfalls auch vornehmlich richten muß. Die Bestimmung unter g spricht ausdrücklich von einer Fürsorge gegen „Feuersgefahr bei Bauausführungen sowie gegen gemeinschädliche und gemeingefährliche Handlungen, Unternehmungen

[150]) Da die Verordnung über die Polizeiverwaltung in den neu erworbenen Landesteilen vom 20. September 1867 nicht wesentlich abweicht, wird sie hier nicht besonders erwähnt werden.

[151]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 373 ff., Bd. 26 S. 327 ff., Bd. 39 S. 280 ff. und 418, Bd. 41 S. 325, Bd. 57 S. 404 ff.; Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 23 C S. 54 ff., Bd. 26 C S. 20 ff., Bd. 38 C S. 12 ff.; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 32 S. 341 ff.

[152]) Rosin, Begriff der Polizei S. 111.

Digitized by Google

und Ereignisse überhaupt", betrifft also offensichtlich ebenfalls die Abwendung von Gefahren. Nur durch Fernhaltung von Beschädigungsmöglichkeiten können — h — Felder usw. geschützt werden. Bei den übrigen einzeln aufgeführten Gegenständen handelt es sich um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Ob und inwieweit bei Aufzählung der Gegenstände ortspolizeilicher Vorschriften, insbesondere hinsichtlich der Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Straßen usw., über die Abwendung von Gefahren hinausgegangen wird, ist hier nicht zu untersuchen [153]).

Doch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Polizeiverordnungen Vorschriften enthalten, die nicht bloß für einzelne konkrete Fälle, sondern allgemeine Geltung haben und deshalb einen abstrakten Tatbestand regeln [154]). Daher können die Gefahren, welche durch die Vorschriften bekämpft werden, nicht nach der besonderen Lage einzelner Fälle beurteilt werden. Wäre die konkrete Gefahr eine Voraussetzung für die Gültigkeit oder Anwendbarkeit einer Polizeiverordnungsvorschrift, so würde immer in jedem einzelnen Falle das Vorhandensein oder Drohen einer Gefahr geprüft werden müssen und der Zweck der Vorschrift, eine sichere und leicht zu handhabende Regel zu sein, nicht erfüllt werden [155]). Einer polizeilichen Verfügung würde eine Polizeiverordnung niemals zur Stütze dienen, wenn ungeachtet der Polizeiverordnung im einzelnen Falle die Voraussetzungen für eine polizeiliche Verfügung gegeben sein müßten. Der Wert der Polizeiverordnung liegt in der Regelung der unbestimmten Pflicht zur Abwendung von Gefahren durch nähere Bestimmung dessen, was zur Vermeidung einer Gefahr zu

---

[153]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 26 S. 347 sowie Rosin, Begriff der Polizei S. 110 ff. Anm. 318. Jetzt dürfen nach Art. 4 § 1 Ziff. 2 des Wohnungsgesetzes vom 28. März 1918 bei Vorschriften, die von gewissen Ortsteilen gewerbliche Anlagen ausschließen, außer Gefahren auch Nachteile und Belästigungen berücksichtigt werden.

[154]) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 59, Meyer-Anschütz a. a. O. S. 575.

[155]) Die Baupolizeiverordnungen enthalten viele Vorschriften, deren allgemeine Gültigkeit nicht bezweifelt wird, obwohl einzelne Fälle vorkommen, in denen auch ohne Erfüllung der Vorschriften eine Gefahr aus besonderen Gründen ausgeschlossen sein würde. Biermann — a. a. O. S. 59 und 164 — hebt hervor, daß die Polizei in vielen Fällen „schablonenhaft" vorgehen müsse.

Digitized by Google

geschehen hat oder zu unterlassen ist[156]); eine solche Regelung — eine Normfeststellung —[157]) würde nicht stattfinden, wenn es ungeachtet der Polizeiverordnung darauf ankäme, ob eine konkrete Gefahr vorliege oder bevorstehe, und ob das Verlangte zur Abwendung einer konkreten Gefahr nötig sei. Mithin kann die Gefahr, welche der Erlaß einer Polizeiverordnung voraussetzt, nur eine abstrakte sein, d. h. eine solche, die ein gewisser abstrakter Tatbestand der Regel nach begründet, mag sie auch ausnahmsweise durch die Besonderheit einzelner Fälle ausgeschlossen werden. Wie früher ausgeführt worden ist, begründen gewisse tatsächliche Verhältnisse dadurch, daß sie erfahrungsmäßig mehr oder minder oft in Verbindung mit anderen, unbestimmt gelassenen die Bedingungen zum Eintritt eines Schadens erfüllen, die objektive Möglichkeit eines Schadens. Auf einer solchen objektiven Möglichkeit, die durch gewisse Tatumstände begründet wird, neben welchen für die besondere Gestaltung des einzelnen Falles Spielraum gelassen ist, beruht die abstrakte Gefahr, der die Polizeiverordnung entgegentritt. Besondere Tatumstände können im einzelnen Falle eine konkrete Gefahr ausschließen, indem sie trotz der in der Regel eine Gefahr begründenden Sachlage den Eintritt eines Schadens unmöglich machen oder doch der Möglichkeit seines Eintritts von den früher dargelegten Gesichtspunkten aus die Eigenschaft einer nach Polizeirecht abzuwendenden Gefahr entziehen[158]).

Der Unterschied, welcher zwischen einer Polizeiverordnung und einer polizeilichen Verfügung insofern besteht, als erstere nur eine abstrakte Gefahr, letztere aber eine konkrete voraussetzt, wird von Walter Jellinek verkannt[159]). Nach dessen Meinung reicht das Verordnungsrecht nur darin weiter, daß wegen der Einheitlichkeit der Regelung die Wahl zwischen mehreren gleichwertigen Mitteln aufgehoben werden und ein Verbot unter Vorbehalt einer erst nach Prüfung der Sachlage zu erteilenden Erlaubnis ergehen könne. Aus der Abstraktheit der Verordnung folge nicht, daß von polizeimäßigen, gesetzlich notwendigen Voraus-

[156]) So bezeichnet das Oberverwaltungsgericht die Baupolizeiverordnungen als Ausführungen und Spezialisierungen der allgemeinen Vorschrift im § 10 II 17 ALR. (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 26 S. 719 r.).

[157]) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 74 ff.

[158]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 11 S. 376.

[159]) a. a. O. S. 264 ff.

Digitized by Google

setzungen abstrahiert werden dürfe; der abstrakte Tatbestand einer Verordnung sei nur gültig, wenn er in seiner Verwirklichung ein verfügungsmäßiges Einschreiten ermöglichen würde. Gewiß ist die Abstraktheit der Verordnung kein Grund, um von einer gesetzlichen Voraussetzung abzusehen, es fragt sich aber, welche Voraussetzung durch das Gesetz erfordert werde. Da das Gesetz zu allgemeinen, einheitlichen Vorschriften ermächtigt, kann ihm nicht, ohne seinen wesentlichen Zweck zu vereiteln, die Absicht unterstellt werden, von Feststellung einer konkreten Gefahr in jedem einzelnen Falle die Anwendung der Vorschrift abhängig zu machen. Ein solches Erfordernis findet in dem Wortlaute des Polizeiverwaltungsgesetzes auch keine Stütze. Wäre die Polizeiverordnung nur insoweit gültig, als der Tatbestand ein verfügungsmäßiges Einschreiten ermöglichen würde, so würde durch die Polizeiverordnungsvorschrift die Ausübung der Polizeigewalt überhaupt nicht gestärkt oder erleichtert werden, die Ermächtigung zum Erlaß allgemeiner Vorschriften ihre wesentliche Bedeutung verlieren. Denn diese liegt zwar auch, aber nicht, wie Walter Jellinek meint[160]), hauptsächlich darin, daß sie eine Schranke gegen polizeiliche Übergriffe bildet. Die Ermächtigung zum Erlasse von Polizeiverordnungen will zunächst die Befugnisse die Polizeibehörden erweitern, nicht sie einschränken, wenngleich die Ausübung des Polizeiverordnungsrechts auch eine Bindung der Polizeibehörden zur Folge hat[161]). Die in dem Polizeiverordnungsrecht enthaltene Befugnis zur Normfestsetzung führt zu einem rechtssatzmäßigen Ausbau der Polizeigewalt, der diese über die Grenzen der der Polizei ohnehin zustehenden Verfügungsmacht für einzelne Fälle hinausrückt. Wenn Walter Jellinek von dem Grundsatz ausgeht[162]), daß eine und dieselbe gesetzliche Ermächtigung dem Verordnungsorgane keine größere Macht verleihe als der verfügenden Behörde, so trifft die Voraussetzung bezüglich der Identität des ermächtigenden Gesetzes für Preußen nicht zu; denn in dem Polizeiverwaltungsgesetze vom 11. März

[160]) a. a. O. S. 266.

[161]) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 100 ff. Wiewohl bei Beratung des Polizeiverwaltungsgesetzes ein Regierungskommissar zur Beschwichtigung von Bedenken bemerkt hat, die Bestimmungen seien gerade deshalb notwendig, damit sich die Polizeibehörde selbst die Hände binde (Stenographische Berichte der I. Kammer von 1850, S. 2318), kann dies doch nicht als Hauptzweck der Polizeiverordnungen betrachtet werden.

[162]) a. a. O. S. 264.

Digitized by Google

1850 ist eine besondere rechtliche Grundlage für das Verordnungsrecht gegeben, und aus der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß allgemeiner Vorschriften ist zu folgern, daß die dem § 10 II 17 ALR. zu entnehmenden Voraussetzungen nur der Regel nach, nicht in jedem einzelnen Falle vorzuliegen brauchen [163]). Das Verhältnis der Voraussetzungen einer Polizeiverordnung zu denen einer polizeilichen Verfügung läßt sich überhaupt nicht grundsätzlich, sondern immer nur nach Maßgabe des das Polizeiverordnungsrecht einräumenden Gesetzes bestimmen [164]). Ganz mit Unrecht wendet sich Walter Jellinek [165]) gegen den Ausspruch des Oberverwaltungsgerichts, daß „Gebote und Verbote, die in einer zu Recht bestehenden Polizeiverordnung enthalten sind, gesetzliche Kraft haben und daher alle Fälle, die von den gegebenen Vorschriften betroffen werden, unbedingt und ausnahmslos nach diesen Vorschriften beurteilt und erledigt werden müssen, auch wenn sie, an und für sich betrachtet, ein polizeiliches Einschreiten wegen Mangels der Voraussetzungen des § 10 II 17 ALR. nicht rechtfertigen würden" [166]). Daß Anordnungen, die in einer zu Recht bestehenden Polizeiverordnung enthalten sind, unbedingt angewendet werden müssen, läßt sich doch nicht bestreiten, und es könnte nur fraglich erscheinen, ob und inwieweit die Polizeiverordnung zu Recht bestehe, ob ihr die Rechtsgültigkeit insoweit abzusprechen sei, als es

[163]) Zwar hat das Oberverwaltungsgericht früher zur Begründung des Satzes, daß der Regel nach alles, was Gegenstand einer Polizeiverordnung sein könne, auch zum Gegenstand einer polizeilichen Verfügung gemacht werden dürfe, die „rechtliche Basis der Polizeiverordnung und der Polizeiverfügung" für eine „wesentlich gleichartige" erklärt (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 11 S. 369). Daneben ist aber auf den Unterschied bezüglich der tatsächlichen Voraussetzungen des einzelnen konkreten Falles wiederholt hingewiesen worden (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 11 S. 376, Bd. 13 S. 395 sowie die übrigen in Anmerkung 154 erwähnten Entscheidungen).

[164]) Über die Verschiedenheit des Umfanges des polizeilichen Verordnungs- und Verfügungsrechts siehe Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 62 ff. und Otto Mayer a. a. O. S. 239 ff.

[165]) a. a. O. S. 265.

[166]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 49 S. 370. Ferner ebenda Bd. 13 S. 395, Bd. 34 S. 390, Bd. 45 S. 408, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 23 S. 714 l., Jahrg. 25 S. 63 l. und Jahrg. 30 S. 606 r.; Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 26 C S. 21; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 60 S. 329. Siehe auch Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 299.

Digitized by Google

sich um Fälle handle, in denen eine polizeiliche Verfügung in Ermangelung der tatsächlichen Voraussetzungen nicht hätte ergehen dürfen. Allein die Frage nach dem Abhängen der Gültigkeit einer Polizeiverordnung von der tatsächlichen Lage des einzelnen Falles ist zu verneinen; durch gültige Polizeivorschrift wird vielmehr maßgeblich ein allgemeiner Tatbestand für polizeiwidrig erklärt [167]).

Daß eine konkrete Gefahr nicht Voraussetzung ist für Polizeiverordnungen, ergibt sich betreffs der Bergpolizei aus §§ 196 ff. des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865/14. Juli 1905. Nachdem nämlich im § 197 den Oberbergämtern die Befugnis verliehen ist, Polizeiverordnungen über die Sicherheit der Baue usw. zu erlassen, enthalten die §§ 198 und 199 Bestimmungen für den Fall, daß auf einem Bergwerk eine Gefahr oder eine dringende Gefahr eintritt. Der Zusammenhang zeigt, daß der Eintritt einer Gefahr, d. i. einer konkreten Gefahr, nicht Voraussetzung des Erlasses oder der Anwendung von Polizeiverordnungen ist; denn offenbar soll damit nicht gewartet werden, bis eine konkrete Gefahr eingetreten oder zu erwarten ist, sondern es soll durch allgemeine Beobachtung der Vorschriften der Polizeiverordnung Gefahren vorgebeugt werden [168]).

Eine konkrete Gefahr ist auch nicht Voraussetzung der Strafbarkeit des sogenannten Polizeiunrechts, wiewohl der Schutz vor Gefährdungen das Motiv der Polizeistrafrechtsnorm bildet [169]). Sind Polizeidelikte nach der von Frank im Anschluß an Otto Mayer aufgestellten Begriffsbestimmung solche Handlungen, die der Staat wegen ihres Widerspruchs mit der guten Ordnung des Gemeinwesens verbiete [170]), so bedarf es doch nicht der Feststellung, daß der Verstoß gegen die Norm im einzelnen Falle die gute Ordnung störe; Frank spricht von „Gefährlichkeitsdelikten", bei denen es genüge, wenn ein Rechtsgut gefährdet werden könne, nicht aber, wie bei den Gefährdungsdelikten, gefährdet zu

---

[167]) „Das wird" — wie Otto Mayer (a. a. O. S. 272) hervorhebt — „von Wichtigkeit, insofern die allgemeinen polizeilichen Ermächtigungen auf den Fall nicht zutreffen oder auch zweifelhaft sein könnte, ob und wieweit sie zutreffen; der Polizeistrafrechtssatz gibt sicheren Boden."

[168]) Vgl. Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 60 ff.

[169]) Finger a. a. O. S. 106 ff., v. Rohland a. a. O. S. 5 ff., v. Liszt a. a. O. S. 122.

[170]) Frank a. a. O. S. 650 ff.

Digitized by Google

sein brauche — woraus hervorgeht, daß der wirkliche Eintritt der Gefahr nicht zum Tatbestand eines Polizeidelikts gehört[171]). Vom Gesetzgeber sagt Binding[172]):

> Es kann sich ihm — — die Wahrnehmung aufdrängen, daß eine ganze Art von Handlungen mit mancherlei Unzuträglichkeiten verbunden sei, während der einzelne Fall solche nicht notwendig erzeuge. Die Massenbeobachtung wirkt dann Bedenken gegen die Gattung als solche. Gesellt sich dazu die Unmöglichkeit, die harmlosen von den verfänglichen Fällen gesetzgeberisch abzuscheiden, so bleibt nur die Alternative, entweder wissentlich jene samt diesen zu verbieten oder aber die schlimmen samt den gutartigen Fällen verbotfrei zu lassen.

Was in dieser Hinsicht von Gesetzen gilt, gilt auch von Polizeiverordnungsvorschriften, die ihrem Inhalte nach Gesetze sind[173]). Weil die gesetzlichen Vorschriften namentlich wegen der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse nicht ausreichen, ist der Polizeibehörde die Befugnis verliehen, die Gesetze durch allgemeine Vorschriften zu ergänzen[174]); dazu würden sie nicht geeignet sein, den erforderlichen sicheren Boden nicht gewähren, wenn nicht auch für sie der Grundsatz gälte, daß die Massenbeobachtung entscheide und die Unverfänglichkeit des einzelnen Falles nicht ausschlaggebend sei.

Die Härte, welche darin liegt, daß die allgemeine Vorschrift auch auf solche Fälle angewendet wird, deren individuelle Gestaltung eine Gefahr ausschließt und an sich ein polizeiliches Einschreiten nicht rechtfertigen würde, wird vermieden, wenn für derartige Fälle in der Polizeiverordnung Ausnahmen vorgesehen werden. Indes lassen sich die unbedenklichen Fälle nicht immer vorher abgrenzen und aussondern; auch wird durch Hinzufügung vieler Ausnahmen die sichere Handhabung der Vorschrift beeinträchtigt.

---

171) Die Gefährdungsdelikte bilden nach v. Olshausen (a. a. O. Anm. 1 zu § 1 S. 34) den Übergang von den Verletzungsdelikten zu den Polizeidelikten. Während bei den Gefährdungsdelikten der Begriff der generellen Gefahr zum Verständnisse des Inhalts von Strafgesetzen verwendet wird (Finger a. a. O. S. 105 ff., Frank a. a. O. S. 11, v. Rohland a. a. O. S. 15), wird hier die abstrakte Gefahr als Voraussetzung für den Erlaß von Rechtsnormen (Polizeiverordnungsvorschriften) betrachtet. Die Verwendung des Begriffs der generellen Gefahr, der Binding (a. a. O. Bd. 1 S. 379 ff.) widerspricht, ist hier nicht zu erörtern.

172) a. a. O. S. 399.

173) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 34, 55 ff., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 45 S. 251 ff., Bd. 72 S. 87.

174) Meyer-Anschütz a. a. O. S. 575; Otto Mayer a. a. O. S. 269.

Digitized by Google

Ihre allgemeine Natur bringt es mit sich, daß sie nicht der individuellen Gestaltung jedes einzelnen Falles gerecht werden kann. Sie kann aber dadurch gemildert werden, daß die Bewilligung von Ausnahmen allgemein oder unter bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen für einzelne Fälle vorbehalten wird. Das geschieht namentlich bei vielen Vorschriften der Baupolizeiverordnungen, aber auch sonst, z. B. bei den Vorschriften über eine Polizeistunde, ohne daß die Rechtsgültigkeit eines solchen, die Polizeivorschrift abschwächenden Vorbehalts oder der abgeschwächten Polizeivorschrift selbst zu bezweifeln wäre[175]). Die Ausnahmebewilligung enthält für einen einzelnen Fall die Genehmigung einer Abweichung von der gesetzlichen Regel, eine Begünstigung durch Befreiung von einer gesetzlichen Beschränkung[176]). Ein Recht auf eine solche Begünsti-

---

[175]) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 102, Otto Mayer a. a. O. S. 249 ff. Vgl. auch Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 49 S. 400.

[176]) Mein Aufsatz im Verwaltungsarchive Bd. 23 S. 234 ff. Die Ausnahmebewilligung ist eine öffentlichrechtliche Dispensation. Otto Mayer (a. a. O. S. 249 ff.) faßt sie als Polizeierlaubnis auf gleich dem Baukonsense, aber es besteht der wesentliche Unterschied, daß die Ausnahmebewilligung die Wirkung einer materiellen Regelvorschrift für den einzelnen Fall beseitigt, während der Baukonsens nur ein gesetzliches Erfordernis erfüllt, das der Überwachung einer Befolgung der geltenden Vorschriften dient und in der Regel das materielle Recht nicht ändert. Fleiner (a. a. O. S. 129, 378) hält auch beides auseinander. Ähnlich wie mit dem Baukonsense verhält es sich mit dem Erfordernisse der Erlaubnis zur Aufführung eines Theaterstücks, wodurch nur verhindert werden soll, daß das geltende Recht, wie es sich aus § 10 II 17 ALR. ergibt, verletzt werde; die konkrete Gefahr bleibt gemäß § 10 a. a. O. Voraussetzung, wie des Verbots der Aufführung, so der Versagung der Genehmigung (vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 24 S. 314 ff., Bd. 29 S. 431 ff., Bd. 47 S. 335, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 22 S. 205 r., Schultzenstein im Verwaltungsarchive Bd. 5 S. 467 ff., Friedrichs, Polizeigesetz S. 207). Von der die Versagung der Genehmigung rechtfertigenden konkreten Gefahr ist die in dem Mangel der Kontrolle und in der darum zu befürchtenden Verletzung des geltenden Rechtes beruhende abstrakte Gefahr zu unterscheiden, der durch das Erfordernis der Genehmigung vorgebeugt wird. — In anderen Fällen, in denen eine Genehmigung verlangt wird, hat dieses Verlangen eine über die bloße Überwachung hinausreichende Bedeutung und wird durch das der Genehmigungsbehörde eingeräumte, allerdings pflichtgemäß auszuübende, freie Ermessen die Handlungsfreiheit materiell beschränkt. So durch die Polizeiverordnungen, die auf Grund des Polizeiverwaltungsgesetzes über die Genehmigung öffentlicher Lustbarkeiten ergehen (vgl. § 33 c der Gewerbeordnung) und zur Be-

Digitized by Google

gung besteht nicht, sondern sie hängt ab vom freien Ermessen der zuständigen Behörde, die allerdings pflichtgemäß prüfen muß, ob Anlaß vorliege, die Ausnahme zu bewilligen [177]). Begründete der Mangel einer konkreten Gefahr stets ein Recht auf die Ausnahme, so würde der Polizeiverordnungsvorschrift ihre Allgemeingültigkeit genommen sein.

Die Allgemeinheit der Vorschrift hat aber nicht nur die Folge, daß sie für Fälle mitgilt, die nach ihrer Besonderheit an sich ungefährlich erscheinen und deshalb ein polizeiliches Einschreiten nicht rechtfertigen würden, sondern es kann auch vorkommen, daß sich das zur Fernhaltung einer Gefahr allgemein angeordnete Mittel in einzelnen Fällen durch ein anderes minder beschwerliches Mittel würde ersetzen lassen und darum die Anordnung mehr beschwert, als in Ansehung des einzelnen Falles nötig sein würde. Aus der Zulässigkeit allgemeiner Vorschriften ergibt sich, daß die Polizeiverordnung auch hinsichtlich der Mittel mit regelmäßigen Zuständen rechnen darf und nicht alle Besonderheiten zu berücksichtigen braucht. Würde die Zulässigkeit der Maßregel davon abhängen, ob im einzelnen Falle die Maßregel unbedingt nötig sei oder sich der Erfolg vielleicht auch auf andere Weise erreichen lasse, so würde der Anordnung gleichmäßiger, durchgreifender Maßregeln im Widerspruche mit der offenbaren Absicht des Polizeiverwaltungsgesetzes die rechtliche Grundlage entzogen werden. Allerdings kann die Polizeiverordnung auch hinsichtlich des zur Bekämpfung einer

kämpfung der in ihrem übermaße liegenden Gefahr für die öffentliche Sittlichkeit und Ordnung deren Zulässigkeit vom freiem Ermessen der Behörde abhängig machen (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 400 ff., Bd. 11 S. 391 ff., Bd. 63 S. 286), sowie durch Polizeiverordnungen, wonach aus verkehrspolizeilichen Gründen zur Anbringung von Ankündigungsmitteln des Gewerbebetriebs, die von der Straße aus sichtbar sind, die polizeiliche Genehmigung erfordert wird (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 42 S. 426 ff., Bd. 49 S. 376 ff. und Bd. 58 S. 274). — Auf die verschiedenen Fälle, in denen die Gewerbeordnung eine Genehmigung für notwendig erklärt, ist in einer die Gefahr bei Polizeiverordnungen betreffenden Besprechung nicht einzugehen.

[177]) Fleiner a. a. O. S. 130 Anm. 20 a. E., Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 41 S. 416, Bd. 49 S. 378 ff. Ein subjektives Recht wird dagegen verletzt, wenn die Erlaubnis zu einem nach dem öffentlichen Rechte zulässigen Baue oder zur Aufführung eines ungefährlichen Theaterstücks verweigert wird (vgl. die vorhergehende Anmerkung und meinen Aufsatz im Verwaltungsarchive Bd. 24 S. 186 ff.).

Digitized by Google

Gefahr vorgeschriebenen Mittels Ausnahmen festsetzen oder deren Bewilligung vorbehalten, doch ist die Polizeiverordnung an sich ohne Rücksicht auf die Lage des einzelnen Falles gültig und anwendbar [178]).

---

[178]) Zu den von Walter Jellinek — a. a. O. S. 265 — besonders beanstandeten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts sei folgendes bemerkt.

Walter Jellinek bestreitet nicht, daß durch Polizeiverordnung der Zwang zum Anschluß an eine Wasserleitung eingeführt werden kann, erachtet dies aber insoweit für unzulässig, als die einzelnen Grundstücke mit einwandfreiem Brunnenwasser versehen seien. Hingegen ist das Oberverwaltungsgericht mit Recht der Ansicht, daß es gegenüber einer den Anschlußzwang bei Hausgrundstücken ausnahmslos einführenden Polizeiverordnung auf die Verhältnisse des einzelnen Grundstücks nicht ankomme, also auch nicht auf das Vorhandensein eines Brunnens mit gutem Wasser (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 28 S. 358, Bd. 31 S. 370, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 26 S. 151 r. ff.). Wegen Allgemeinheit der Vorschrift ist die Berechtigung der Anordnung — abgesehen von der später zu erörternden Beschränkung der richterlichen Nachprüfung — nach der Art der Wasserversorgung im ganzen Polizeiverordnungsgebiete, nicht nach den besonderen Verhältnissen einzelner Grundstücke zu beurteilen. Dabei ist zu beachten, daß mit dem Zwange zum Anschluß an eine städtische Wasserleitung nicht bloß der Genuß von verseuchtem Wasser bekämpft, sondern auch durch Darbieten des zu Reinigungszwecken erforderlichen Wassers einer weiteren Gesundheitsgefahr vorgebeugt und eine größere Sicherheit vor Feuersgefahr bezweckt wird, weil bei ausbrechendem Feuer das zum Löschen notwendige Wasser zu jeder Jahreszeit schnell und nachhaltig aus einer Leitung zu entnehmen ist (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 28 S. 355 ff., Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 16 S. 611 l.). Übrigens erkennt auch Walter Jellinek a. a. O. S. 264 selbst an, daß die Einheitlichkeit bei Polizeiverordnungen — freilich nur da, „wo es wirklich nötig" sei — den Grundsatz durchbreche, daß die Wahl unter mehreren gleichwertigen Mitteln der Polizeibehörde nicht zustehe; der Anschluß an eine Wasserleitung ist aber — ebenso wie ein Brunnen — ein Mittel zur Fernhaltung von Gefahren, die aus dem Fehlen von einwandfreiem Wasser entspringen würden. Zwar mag es zweckmäßig und billig sein, Grundstücke, auf denen sich Brunnen mit ausreichendem einwandfreiem Wasser befinden, vom Anschlußzwang auszunehmen, aber die allgemeine Gültigkeit der Polizeiverordnung wird durch die besonderen Verhältnisse einiger weniger Grundstücke nicht berührt (vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 11 S. 376).

Was ferner die von Walter Jellinek bemängelte Rechtsprechung über Polizeiverordnungen betrifft, die jeden Gewerbebetrieb in Vorgärten verbieten, so hat die Polizei darauf zu sehen, daß das zum Vorgarten bestimmte Gelände seiner Bestimmung nicht entzogen werde. Mit Grund davon ausgehend, daß der Betrieb eines Gewerbes in einem Vorgarten „regel-

Digitized by Google

Wenn vorher gesagt worden ist, daß der Begriff der abstrakten Gefahr auf der objektiven Möglichkeit eines Schadens beruhe, so reicht dies doch nicht hin zur Bestimmung des Begriffs, der enger ist. Ebensowenig wie sich in einem konkreten Falle nach den früheren Ausführungen die objektive Möglichkeit eines Schadens immer als eine Gefahr darstellt, der polizeilich entgegenzutreten ist, ebensowenig ist die durch einen allgemeinen Tatbestand gegebene objektive Möglichkeit eines Schadens immer als eine abstrakte Gefahr anzusehen, die den Erlaß einer Polizeiverordnung begründet. Vielmehr bedarf es noch eines verständigen Ermessens unter den früher hervorgehobenen Gesichtspunkten des Grades der Wahrscheinlichkeit des Schadens, des Wertes des gefährdeten Gutes und derjenigen Interessen, welche durch eine allgemeine polizeiliche Vorschrift beeinträchtigt werden. Dies abzuwägen, ist Sache des polizeilichen Gesetzgebers. Zur Aufstellung einer Norm hat er nur zu schreiten, wenn die Normwidrigkeit nicht nur die objektive Möglichkeit eines Schadens begründet, sondern auch eine relative Wahrscheinlichkeit in Anbetracht der erfahrungsmäßigen Häufigkeit des Eintritts eines Schadens unter Berücksichtigung des Wertes des gefährdeten Gutes und der Größe der Interessen an der Freiheit von der Norm — wenn diese letzteren Interessen überwogen werden [179]). Die Interessen an der Freiheit von der Norm sind aber

mäßig" der Bestimmung eines solchen zuwiderlaufe, hat das Oberverwaltungsgericht der Polizei die Berechtigung zugestanden, durch Polizeiverordnung den Gewerbebetrieb in den Vorgärten überhaupt zu untersagen (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 18 S. 374 ff.). Die Rechtsprechung beruht auf der hier nicht zu erörternden Eigentümlichkeit des Vorgartenrechts, wonach angenommen wird, daß Einrichtung und Verwendung der Vorgärten durch Polizeiverordnung allgemein geregelt werden dürfen und es als zulässige Regelung angesehen wird, wenn das, was mit der Bestimmung eines Vorgartens in der großen Mehrzahl der Fälle unvereinbar ist, überhaupt verboten wird.

[179]) Ähnlich Binding, der sich — a. a. O. Bd. 1 S. 399 — wie folgt ausspricht:

> „— — entscheidend ist der Grundsatz, stets verdiene das kleinere vor dem größeren Übel den Vorzug. Einander gegenüber stehen hier einerseits die Freiheitsbeschränkung durch das Verbot — — anderseits die Vermehrung der schädlichen Wirkungen der Handlungsgruppe ohne Verbot. Das Übel der Unterlassung des Verbots steigt mit dem Prozentsatze der schädlichen gegenüber den unschädlichen Handlungen der Gruppe; es ist größer, wenn — wie man zu sagen pflegt — eine derartige Handlung regelmäßig, als wenn sie nur

Digitized by Google

um so größer, als die Norm vermöge ihrer Allgemeinheit auch solche Fälle erfaßt, die nach ihrer besonderen Gestaltung an sich zu einem polizeilichen Einschreiten keinen Anlaß geben würden oder doch nur in geringerem Umfange. Daher hat der polizeiliche Gesetzgeber auch zu überlegen, ob es geboten ist, der Gefahr mittels allgemeiner Vorschrift zu begegnen, die mitgilt für harmlose Fälle und mehr verlangt, als zuweilen nötig sein würde, oder ob der Schutz der einzelnen Verfügung zu überlassen ist, die den besonderen Fall allseitig zu würdigen vermag [180]). Die Erwägung dieser Frage tritt also noch zu den beim Erlasse von polizeilichen Verfügungen erforderlichen Erwägungen hinzu. Dabei wird es auf das Verhältnis der Zahl der gefährlichen Einzelfälle zu der der ungefährlichen sowie darauf ankommen, ob es zur wirksamen Bekämpfung der ersteren einer allgemeinen Vorschrift bedarf, weil ein erst in den einzelnen Fällen stattfindendes polizeiliches Einschreiten keinen ausreichenden Erfolg verspricht. Außer auf die Anzahl der Fälle, in denen ein, die objektive Möglichkeit eines Schadens enthaltender, allgemeiner Tatbestand in seinem weiteren Verlauf erfahrungsmäßig einen Schaden nicht herbeiführt, ist noch auf die Anzahl derjenigen Fälle zu sehen, in welchen erkennbare besondere Umstände von vornherein seine Gefährlichkeit ausschließen. Auch hier ist aber das Zahlenverhältnis nicht allein entscheidend, sondern es kommt daneben insbesondere noch auf die größere oder geringere Schwierigkeit des Schutzes mittels einzelner Verfügung an.

2. Grenze der richterlichen Nachprüfung.

a) Standpunkte der Rechtsprechung.

Durch die bisherigen Betrachtungen ist die Erörterung der ebenso wichtigen wie zweifelhaften Frage vorbereitet, ob und inwieweit der Straf- oder Verwaltungsrichter bei Anwendung einer Polizeiverordnung das Vorhandensein einer Gefahr zu prüfen habe. Davon kann keine Rede sein, wenn die Polizeiverordnungen

möglicherweise die schädliche Wirkung übt; es wächst ferner mit der Schwere, vielleicht auch der Vielseitigkeit dieser Wirkung. Dagegen nimmt das Übel des Verbots und der Freiheitsbeschränkung an Schwere zu mit dem steigenden Bedürfnisse nach freier Vornahme solcher Handlungen."

[180]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 7 S. 31 l.

Digitized by Google

auf der Ermächtigung durch besondere Gesetze beruhen, die mit der Bekämpfung von Gefahren nichts zu tun haben. Die Frage entsteht nur für Polizeiverordnungen, die sich auf die Ermächtigung gründen, im Rahmen des § 10 II 17 ALR. allgemeine Vorschriften zu erlassen. Klar ist, daß eine Polizeiverordnung, soweit sie gültig ist, ihrem Inhalte gemäß angewendet werden muß und es unter Voraussetzung ihrer Gültigkeit nur darauf ankommt, ob die in der Polizeiverordnung selbst angegebenen Tatsachen im konkreten Falle vorliegen. Bloß um die Abhängigkeit ihrer Geltung vom Vorhandensein einer Gefahr kann es sich handeln. Aus dem Vorangeschickten folgt aber, daß nur eine abstrakte, keine konkrete Gefahr erforderlich sein kann.

Es ist davon auszugehen, daß eine Polizeiverordnung ungültig ist, wenn ihr Gegenstand nicht zu denjenigen gehört, welche nach der gesetzlichen Ermächtigung durch Polizeiverordnung geregelt werden dürfen[181]). Soweit dies daher nur für Bekämpfung von Gefahren zutrifft, ist ein solcher Zweck auch Bedingung der Gültigkeit der Polizeiverordnung. Verfolgt sie einen anderen Zweck — etwa den der Fernhaltung bloßer Belästigungen[182]) oder den der Förderung ästhetischer Interessen oder überhaupt der Wohlfahrt[183]) —, so ist ihre Gültigkeit zu verneinen; darüber, daß die Verfolgung eines unzulässigen Zweckes die Gültigkeit einer Polizeiverordnung ausschließt, kann kein Zweifel obwalten[184]). Zweifelhaft aber erscheint, ob es für die Gültigkeit einer Polizeiverordnung nur darauf ankomme, daß sie die Bekämpfung einer Gefahr bezwecke, ohne daß zu prüfen sei, ob die Annahme einer abstrakten Gefahr tatsächlich begründet und die Norm zu deren Bekämpfung geeignet sei, oder ob und inwieweit die tatsächliche Berechtigung zur Annahme einer abstrakten Gefahr und die Eigenschaft der Norm als eines Mittels zu deren Bekämpfung geprüft werden müssen.

---

[181]) Entscheidungen des Obertribunals Bd. 55 S. 5 ff., Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 364 ff. Anm., Bd. 11 S. 376; Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 4 S. 259 ff, Vgl. Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 285 ff., 289.

[182]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 35 S. 384 ff., Bd. 39 S. 294 und Bd. 43 S. 378.

[183]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 370 ff., Bd. 44 S. 391 ff.; Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 24 C S. 18 ff.

[184]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 37 S. 404.

Digitized by Google

Früher hat das Oberverwaltungsgericht erklärt, es genüge, daß der Polizeiverordnung ein zum Einschreiten berechtigendes Motiv zugrunde liege[185]); es sei nicht zu prüfen, ob die verbotene Einrichtung (damals Ofenklappen) in der Tat geeignet sei, Leben oder Gesundheit zu gefährden[186]); auf die Sachgemäßheit erstrecke sich die Rechtskontrolle nicht[187]); über die Frage, ob eine polizeiliche Vorschrift das Maß des im öffentlichen Interesse Gebotenen innehalte oder überschreite, habe der Richter nicht zu befinden[188 189]). Später ist der Gerichtshof, ohne den früheren Standpunkt geradezu aufzugeben, doch auf die Frage eingegangen, ob die Vorschriften geeignet seien, den erstrebten Zweck zu erfüllen. In den Entscheidungen heißt es, die Bestimmungen seien darauf berechnet „und auch geeignet", den erstrebten Zweck zu erfüllen[190]), das allgemeine Gebot erscheine nicht ohne eine dem Polizeirecht entsprechende tatsächliche Grundlage[191]); ferner wird von der „objektiv erkennbaren" Zweckbestimmung gesprochen, darauf hingewiesen, daß die Maßregel in den Bereich der polizeilichen Zweckbestimmung falle, nicht eine solche sei, die nicht zum Ziele führen „kann", die Polizei sich nicht in ihren Mitteln völlig vergriffen habe; es wird bemerkt, keinesfalls lasse sich sagen, daß die Vorschriften sachwidrig seien

---

185) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 8 S. 292 ff. Vgl. auch Bd. 26 S. 333 ff.

186) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 8 S. 331.

187) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 29 S. 389.

188) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 24 S. 355.

189) Mit diesen Entscheidungen, insofern danach der Zweck entscheidet, stimmt, wie ich ihn verstehe, Rosin (Polizeiverordnungsrecht S. 289 ff. Anm. 22 — vgl. auch S. 280 ff. Anm. 2 —) überein. Er will die Prüfung, ob die Verordnung — entsprechend seiner Auffassung des Polizeibegriffs — objektiv geeignet sei, ein Gemeininteresse zu fördern, als eine Zweckmäßigkeitsfrage den Verwaltungsbehörden ausschließlich vorbehalten. Doch sei die tatsächliche Voraussetzung, daß die Behörde selbst subjektiv ein solches Interesse verfolgt habe, und eine objektive Betrachtung könne zu dem Schlusse auf subjektive Verfehlung der Behörde in bezug auf die Grenzen ihrer Polizeigewalt zwingen. Rosin nimmt zwar an, daß es zur Rechtskontrolle gehöre, ob die Norm nach ihrem Gegenstande dem delegierenden Gesetz entspreche, erachtet es aber, wenn die Behörde subjektiv ein polizeiliches Interesse verfolgt, für eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob die Verordnung objektiv hierzu geeignet sei.

190) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 34 S. 391.

191) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 28 S. 357.

Digitized by Google

und deshalb der Aufhebung unterliegen müßten [192]), die Kontrolle beschränke sich auf die Prüfung des Vorhandenseins objektiver polizeilicher Momente [193]). — Hat einmal das Oberverwaltungsgericht eine die Größe von Gesellschaftsräumen betreffende Polizeiverordnung für ungültig erklärt, weil das, was sie verbiete, nicht mit einer Gefahr verbunden sei [194]), so ist zu beachten, daß sich in dem damaligen Falle aus der Polizeiverordnung selbst zum Teil wenigstens das Fehlen einer Gefahr ergab; die Polizeiverordnung verlangte nämlich für Gesellschaftsräume eine gewisse Mindestgröße und verbot andernfalls — so wurde sie ausgelegt — die Fortbenutzung der bisherigen Räume, nicht nur die Benutzung durch eine größere Anzahl von Personen, als sie vom Standpunkte der Polizeiverordnung aus den Raum nach seiner Größe ohne Gefahr benutzen konnten. Soweit daher auch die Benutzung durch eine der Größe des Raumes entsprechende Anzahl von Personen verboten wurde, geschah dies, ohne daß nach der Polizeiverordnung eine Gefahr vorlag. — Unter Hinweis auf diese für unsere Frage wenig belangreiche Entscheidung hat sich das Oberverwaltungsgericht über eine Polizeiverordnung, wonach Jugendlichen der Zutritt zu öffentlichen Lustbarkeiten verwehrt war, dahin ausgelassen, die Prüfung der Rechtsgültigkeit umfasse die Frage, ob „ein polizeilicher Beweggrund erkennbar ist, insbesondere eine *Gefahr*, wie sie durch die Vorschriften bekämpft werden soll, überhaupt *besteht*", weil die Polizeiverordnung, wie auch die selbständige polizeiliche Verfügung, ihren Rechtsgrund in denjenigen gesetzlichen Bestimmungen finde, welche die sachliche Zuständigkeit der Polizei allgemein regelten; die weiteren Ausführungen, welche die Gültigkeit der Vorschrift begründen, beschäftigen sich dann aber im wesentlichen mit dem *Zwecke*, die Jugend vor Gefahren zu behüten [195]).

[192]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 34 S. 383, 386 ff., Bd. 43 S. 212.

[193]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 23 S. 352.

[194]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 29 S. 453 ff.

[195]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 61 S. 142 ff. Eine andere — Bd. 50 S. 272 ff. abgedruckte — Entscheidung, die eine Polizeiverordnung betrifft, wonach Kinder bei öffentlichen Schaustellungen in Gast- und Schankwirtschaften nicht anwesend sein dürfen, begnügt sich mit der Feststellung, daß die Verordnung *beabsichtige*, der Förderung der Völlerei entgegenzutreten und Gefahren der Sittlichkeit von der Jugend abzuwenden; auch wird dort erklärt, es sei nicht zu prüfen, ob die Beschränkungen, die zu

Digitized by Google

Mit voller Schärfe wird jedoch in einer Entscheidung vom 30. Mai 1913 die Gültigkeit einer Polizeiverordnung vom objektiven Bestehen oder Drohen einer Gefahr abhängig gemacht und damit deren Bestehen oder Drohen ohne Einschränkung der richterlichen Prüfung unterworfen; denn dort findet sich der Ausspruch:

> „Eine auf Grund des Polizeigesetzes vom 11. März 1850, also zur Abwendung von Gefahren, von Störungen der öffentlichen Ordnung usw. erlassene Polizeiverordnung ist nach den feststehenden Grundsätzen der Rechtsprechung nur unter der Voraussetzung rechtsgültig, daß die abzuwendende Gefahr oder Störung objektiv besteht oder droht. Um eine Frage der Zweckmäßigkeit handelt es sich hierbei nicht. Eine solche liegt vor, wenn zu fragen ist, ob und in welchem Umfang eine vorhandene Gefahr usw. bekämpft werden soll."[196])

Daß diese Grundsätze in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts unter völliger Aufgabe der früher wiederholt kundgegebenen allgemeine Anerkennung gefunden hätten und unbestritten feststänben, wird nicht durch Anführung von Entscheidun-

---

Härten gegen die Eltern führen könnten, ohne daß der Zweck der Fernhaltung von Gefahren hierzu hinreichenden Anhalt biete, zur Wahrung der dem Schutze der Polizei anvertrauten Interessen notwendig und angemessen seien (besonders S. 275, 278).

[196]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 64 S. 469. Diese Entscheidung betrifft zwar das gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden erlassene Gesetz vom 2. Juni 1902, verwertet aber zur Auslegung das Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850. Es fragte sich: hat der Verwaltungsrichter zu prüfen, ob die Gegend, welche durch die Polizeiverordnung geschützt werden soll, wirklich zu den landschaftlich hervorragenden gehöre. Die Frage ist zu bejahen, auch wenn man Bedenken trägt, dem oben mitgeteilten Satze über die aus dem Mangel des objektiven Bestehens einer Gefahr folgende Ungültigkeit einer Polizeiverordnung zuzustimmen. Die landschaftlich hervorragende Gegend ist eher den Gütern, die nach dem Polizeiverwaltungsgesetze geschützt werden sollen, an die Seite zu stellen, als den Gefahren, vor welchen geschützt wird. Da das Gesetz vom 2. Juni 1902 nur zur Verhinderung der Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden die Ermächtigung zum Erlasse von Polizeiverordnungen erteilt, folgt schon aus seinem Wortlaute, daß eine solche Eigenschaft der Gegend eine Voraussetzung der Ermächtigung und damit der Gültigkeit der Polizeiverordnungen bildet. Siehe auch Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 43 S. 446.

Digitized by Google

gen belegt und ist wohl nicht zutreffend [197]). Für richtig können sie nicht erachtet werden, auch wenn man sie auf eine abstrakte Gefahr bezieht, die allein für die Rechtsgültigkeit einer Polizeiverordnung in Betracht kommt. Eine abstrakte Gefahr — wohl zu unterscheiden von einer allgemeinen Gefahr, d. h. einer konkreten Gefahr für eine Allgemeinheit — kann strenggenommen überhaupt nicht bestehen oder drohen, weil in der Außenwelt nur konkrete Dinge vorkommen; es kann vielmehr nur gefragt werden, ob die Annahme einer abstrakten Gefahr durch die tatsächlichen Erfahrungen gerechtfertigt sei.

Allerdings hat sich das Kammergericht, nachdem es in bezug auf die Gültigkeit einer Polizeiverordnung früher erklärt hatte, daß § 10 II 17 ALR. die Grenzen der „Polizeigerichtsbarkeit" nur „theoretisch" bestimme [198]), später oft zu dem Grundsatze bekannt, daß die Gültigkeit einer Polizeiverordnung davon abhänge, ob eine Gefahr im allgemeinen anzunehmen und die Vorschrift zu deren Abwendung geeignet sei [199]).

---

[197]) Gelegentlich hat freilich das Oberverwaltungsgericht von einer Polizeiverordnung gesagt, nur dann würde sie rechtsverbindlich sein, wenn in dem verbotenen Zustand eine Gefahr gefunden werden „müßte" (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 61 S. 341). — Betreffs Ablehnung der nach einer Straßenpolizeiverordnung erforderlichen Genehmigung zur Anbringung eines Reklameschildes führt eine andere neuere Entscheidung aus: Auf die Frage, ob eine Gefahr für das Publikum daraus, daß seine Aufmerksamkeit abgelenkt werde, entstehe, oder ob eine gefährliche Beeinträchtigung des Verkehrs eintreten könne, habe nicht eingegangen zu werden brauchen, eine solche Erörterung enthalte eine Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der polizeilichen Anordnung (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 58 S. 273 ff.). Allein hier ist eine die Ablehnung der Genehmigung rechtfertigende konkrete Gefahr gemeint, nicht an die Gültigkeit der Polizeiverordnung gedacht, die, insofern sie der Leichtigkeit des Verkehrs auf der Straße dient, auch nicht eine abstrakte Gefahr voraussetzt (§ 6b des Polizeiverwaltungsgesetzes, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 26 S. 347 l.). Diese Entscheidung beweist deshalb nicht, daß sonst nach Ansicht des Gerichtshofs bei Anwendung einer Polizeiverordnung die tatsächliche Voraussetzung der Annahme einer abstrakten Gefahr nicht zu prüfen ist.

[198]) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 8 S. 149.

[199]) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 26 C S. 52, Bd. 38 C S. 12 ff.; ferner Bd. 21 C S. 50, Bd. 23 C S. 54 ff., Bd. 24 C S. 14, Bd. 25 C S. 90, Bd. 26 C S. 20 ff., Bd. 34 C S. 57, Bd. 44 S. 452 ff. Einzelne Entscheidungen des Kammergerichts sollen gegen Ende dieser Abhandlung besprochen werden (siehe Anmerkung 241 B).

Digitized by Google

Bei unserer früheren Überlegung sind wir zu dem Ergebnisse gelangt, daß wir die polizeirechtliche Gefahr auffassen als eine die erkennbare objektive Möglichkeit eines Schadens enthaltende Lage, der — unter Berücksichtigung des Grades der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts und des Wertes des gefährdeten Gutes einerseits sowie der Interessen am Unterbleiben der polizeilichen Beschränkung anderseits — nach verständigem Ermessen vorzubeugen sei. Wir haben ferner gesehen, daß die abstrakte Gefahr eine solche ist, die ein allgemeiner Tatbestand ohne Rücksicht auf die Besonderheit des einzelnen Falles, die seine Gefährlichkeit ausschließen kann, begründet, und daß es darum noch auf das Verhältnis der Zahl der gefährlichen zu der der ungefährlichen Einzelfälle ankommt, aber auch auf die Schwierigkeit des Schutzes mittels einzelner Verfügungen. Danach leuchtet ein, daß über die Annahme einer durch Polizeiverordnung zu bekämpfenden abstrakten Gefahr die Ansichten leicht auseinandergehen und daß, wenn davon die Rechtsgültigkeit einer Polizeiverordnung abhängt, hierüber verschieden geurteilt werden wird, während doch die Regelung im Wege der Polizeiverordnung bezweckt, durch allgemeingültige Vorschriften in ihrem örtlichen Bereich einen festen gleichmäßigen Rechtsboden zu schaffen. Die Rechtsprechung wird nicht selten der Gleichmäßigkeit ermangeln, wenn zu entscheiden ist, ob es im Hinblick auf die Zahl der gefährlichen und der schädlich verlaufenden Fälle sowie auf den Wert des gefährdeten Gutes gerechtfertigt erscheine, die Freiheit durch allgemeine, andere Interessen verletzende Vorschriften zu beschränken. Ebensowenig ist, da auch die Meinungen der Sachverständigen häufig nicht übereinstimmen, auf ein stetiges Einvernehmen über die Art der Vorschriften zu rechnen, deren es zur Fernhaltung der abstrakten Gefahr bedarf; diese Frage hängt aber mit der Annahme einer Gefahr untrennbar zusammen, weil sich — wie schon früher ausgeführt wurde — die Notwendigkeit eines Mittels zur Fernhaltung einer Gefahr daraus ergibt, daß ohne dieses Mittel die Annahme einer Gefahr noch weiter begründet sein würde. Wenn eine Polizeiverordnung für Theater im Interesse der Feuersicherheit elektrische Beleuchtung vorschreibt und dagegen geltend gemacht wird, Gasbeleuchtung sei nicht gefährlicher oder sogar weniger gefährlich, so betrifft der Streit das Mittel zur Fernhaltung von Feuersgefahr, zugleich aber die Frage, ob bei Gasbeleuchtung in Theatern eine Feuersgefahr bestehe. Sollte die

Digitized by Google

Anwendbarkeit einer Polizeiverordnung, welche elektrische Beleuchtung verlangt, in jedem Falle davon abhängen, wie sich der einzelne Richter zu einer solchen technischen Frage stellt?[200]) Waren bei Beratung einer Bauordnung die Sachverständigen uneinig darüber, ob gewisse Anforderungen im Interesse der Standfestigkeit usw. notwendig seien, so würde, wenn der Richter die Eigenschaft der Vorschrift als nötigen Mittels zur Abwendung einer abstrakten Gefahr frei zu prüfen hätte, stets die Anwendbarkeit der Vorschrift davon abhängen, daß der Richter ebenfalls die Anforderung, zwar nicht gerade im konkreten Falle, aber doch im allgemeinen zur Abwendung einer Gefahr für nötig ansehe, also von derselben technischen Frage, über welche die Sachverständigen bei Erlaß der Bauordnung verschiedener Ansicht gewesen sind. Viele Vorschriften der Bauordnungen würden dann aufhören, feste Normen zu bilden[201]).

[200]) Mit der Frage, ob elektrische Beleuchtung oder Gasbeleuchtung minder feuergefährlich sei, ist das Oberverwaltungsgericht aus Anlaß einer polizeilichen Verfügung befaßt gewesen, die von dem Besitzer eines Warenhauses verlangte, daß er seine Gasbeleuchtung durch elektrische ersetze (Urteil vom 12. November 1912 — IX. A. 46/09 —). Es wurde zugunsten der elektrischen Beleuchtung entschieden, aber bei dem Gegensatze der Meinungen hervorragender Vertreter beider Industrien hielt es sehr schwer, ein unparteiisches überragendes Gutachten zu gewinnen, dem der Gerichtshof folgen konnte.

[201]) Daß Vorschriften einer Bauordnung, sofern sie zulässige polizeiliche Zwecke verfolgen, nicht darum ungültig sind, weil sie „über ihr Ziel hinausschießen", hat das Oberverwaltungsgericht anerkannt (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 17 S. 125 r.). — Über die Auslegung einer Polizeiverordnung, nach welcher, wie die Polizeibehörde meinte, nicht bloß der Anschluß an eine städtische Wasserleitung geboten, sondern Trink- und Gebrauchswasser nur aus der Leitung zu entnehmen sein sollte, hat allerdings das Oberverwaltungsgericht geäußert: mit dem Grundsatze, daß die Polizei nur die zur Abwendung von Gefahren nötigen Anstalten zu treffen habe, würde die Polizeiverordnung bei solcher Auslegung nicht in Einklang zu bringen sein (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 52 S. 377 ff.). Danach scheint die Notwendigkeit einer Polizeiverordnungsvorschrift der richterlichen Prüfung unterworfen zu werden, was indes mit anderen Entscheidungen nicht übereinstimmt (vgl. 227, insbesondere Entscheidungen Bd. 9 S. 368, Bd. 18 S. 375 und Bd. 24 S. 355). Hinzugefügt wird übrigens, die Polizei sei nicht ermächtigt, den angeschlossenen Grundbesitzern die Benutzung einwandfreien Wassers zu verbieten, um dadurch das Bestehen oder den besseren Erfolg einer kommunalen Wasserleitung zu sichern; aus der Unzulässigkeit eines derartigen, außerhalb der polizeilichen Aufgaben liegenden Zweckes würde mit Recht die Ungültigkeit der Vorschrift zu folgern sein.

Digitized by Google

Diese allgemeinen Erwägungen finden gesetzliche Anerkennung in einer ausdrücklichen Vorschrift des Polizeiverwaltungsgesetzes, auf die nunmehr näher einzugehen ist.

b) Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit.

Der gesetzlichen Gültigkeit einer Polizeiverordnungsvorschrift stellt § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit mit der Bestimmung gegenüber, daß der Polizeirichter nur die gesetzliche Gültigkeit in Erwägung zu ziehen habe. Dasselbe gilt, wie allgemein anerkannt wird [202]), für den Verwaltungsrichter; denn dieser hat nach § 127 und § 128 des Landesverwaltungsgesetzes außer dem Vorhandensein des der Polizeiverordnung entsprechenden Tatbestandes nur die Richtigkeit der Rechtsanwendung zu prüfen, zu der bei Anwendung einer Polizeiverordnung deren gesetzliche Gültigkeit gehört, welche, wie aus § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes folgt, durch Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Norm nicht bedingt ist. In der vorher erwähnten Entscheidung vom 30. Mai 1913 [203]) bemerkt das Oberverwaltungsgericht, bei dem objektiven Bestehen oder Drohen einer Gefahr handle es sich nicht um eine Frage der Zweckmäßigkeit, eine solche liege vor, wenn es darauf ankomme, ob und in welchem Umfang eine vorhandene Gefahr zu bekämpfen sei. So verhält es sich nach § 10 II 17 ALR., weil die Polizei danach nur berechtigt ist, die zur Abwendung einer Gefahr nötige Anstalt zu treffen, und deshalb die Berechtigung ihres Einschreitens vom Bestehen einer Gefahr abhängt, dies im Sinne der §§ 127 und 128 des Landesverwaltungsgesetzes eine Tatsache ist, ohne welche die Polizei zum Erlaß einer Verfügung nicht berechtigt sein würde. Bei Anwendung einer Polizeiverordnung ist aber die Rechtslage eine andere, weil sich aus dem Inhalte der Polizeiverordnung ergibt, welche Tatsachen vorliegen müssen, die Gefahr, und zwar eine abstrakte, nur Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der Polizeiverordnung sein kann. Da über deren Rechtsgültigkeit nach dem Polizeiverwaltungsgesetze zu urteilen ist, muß ermittelt werden, was das Polizeiverwaltungs-

[202]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 8 S. 292 ff., Bd. 9 S. 363 ff. Anm., Bd. 29 S. 389, Bd. 34 S. 385, Bd. 61 S. 141 ff., Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 18 S. 315 r.; Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 299 ff., Biermann a. a. O. S. 24.

[203]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 64 S. 469.

Digitized by Google

gesetz im Gegensatze zur gesetzlichen Gültigkeit unter Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit versteht.

Man kann bei der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zwischen näheren und ferneren Zwecken unterscheiden, so daß die Begriffe relativ erscheinen, und von der relativen Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit noch eine absolute, wenn es sich um die letzten Ziele der Staatsverwaltung handelt[204]). Die Vorschriften der Polizeiverordnungen sind Mittel zur Erreichung der näheren oder ferneren Zwecke und können hierzu notwendig oder doch geeignet — zweckmäßig — sein, je nachdem die Vorschrift das einzige, unerläßliche Mittel bildet oder noch andere zu Gebote stehen[205]). Die Notwendigkeit kann aber auch auf die Frage bezogen werden, ob überhaupt eine Vorschrift zu erlassen ist — den Wert der Erreichung des Zweckes —, die Zweckmäßigkeit dagegen auf die Art der zu erlassenden Vorschrift — den Wert des Mittels —; erstere würde das „ob", letztere das „wie" betreffen. Wird von der Notwendigkeit einer bestimmten Vorschrift gesprochen, so wird die Vorschrift nach ihrem Zwecke und als Mittel zu dessen Erreichung für notwendig erklärt, so daß der Unterschied nicht hervortritt; wenn aber der Erlaß einer noch nicht bestimmten Vorschrift erwogen wird, so kann man zwischen der Notwendigkeit der Erreichung eines gewissen Zweckes und der Art der Erreichung, des Mittels hierzu, unterscheiden. Die näheren Zwecke haben keinen unbedingten Wert[206]), sondern sind selbst wieder Mittel zur Erreichung der letzten Zwecke der Staatsverwaltung. Genauer braucht, weil die Gesetze an die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit keine besonderen rechtlichen Wirkungen knüpfen, die Bedeutung der Einzelbegriffe nicht untersucht werden[207]). Walter Jellinek behauptet aber, mit der unüberprüfbaren Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit sei

---

[204]) Stammler im Verwaltungsarchive Bd. 15 S. 24, Walter Jellinek a. a. O. S. 77 ff.

[205]) Die „nötige Anstalt" im Sinne des § 10 II 17 ALR. ist ebenfalls ein Mittel zur Erreichung eines näheren Zweckes (der Abwendung von Gefahren). Muß die Anstalt „nötig" sein, so ergibt sich daraus, daß die Polizei nicht mehr als das Nötige (Notwendige) verlangen und daher auch nicht die Wahl zwischen mehreren gleichwertigen Mitteln entziehen darf.

[206]) Daher kann die an sich im öffentlichen Interesse liegende Abwehr einer Gefahr unter Umständen dem allgemeinen Besten zuwiderlaufen. Vgl. Anmerkung 107.

[207]) Vgl. hierüber Walter Jellinek a. a. O. S. 86 ff.

Digitized by Google

nicht die relative oder technische Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit — die Tauglichkeit für einen gewissen Zweck — gemeint, sondern lediglich die absolute; Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit beziehen sich danach nicht auf die näheren Zwecke[208]). Dieser Ansicht muß für Preußen wenigstens[209]) widersprochen werden.

Aus dem Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842, welches auch auf Polizeiverordnungen angewendet wird[210]), läßt sich nicht ersehen, wie Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu verstehen sind, weil dort im § 1 die Begriffe zusammen mit der Gesetzmäßigkeit genannt und Beschwerden rechtlich gleich behandelt werden. Dagegen schrieb die Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörden vom 26. Dezember 1808 für die polizeilichen Verfügungen der Regierungen in den §§ 38 und 40 vor, daß zwar der Rechtsweg unbedingt offenstehe, wenn die Verfügung einer ausdrücklichen Disposition der Gesetze entgegenlaufe oder sich die Klage auf einen speziellen Rechtstitel gründe, daß aber den Gerichten regelmäßig keine Kognition über „die Notwendigkeit zum allgemeinen Besten und die Zweckmäßigkeit der polizeilichen Anordnung" zustehe, wenn die Klage über eine polizeiliche Verfügung nur auf die allgemeine bürgerliche Freiheit und die Prinzipien

---

[208]) Walter Jellinek a. a. O. S. 86. — Nach Rosin (Polizeiverordnungsrecht S. 293) fragt es sich bei der Notwendigkeit, ob der Erlaß der Verordnung objektiv überhaupt durch die Zwecke der Verwaltung geboten war, bei der Zweckmäßigkeit, ob der maßgebend gewesene Einzelzweck durch sie erreicht werden kann. Hiernach würde sich die Zweckmäßigkeit auf die Erreichung der näheren Zwecke beziehen.

[209]) Auch in anderen Bundesstaaten gibt es Bestimmungen über Ausschließung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit von der richterlichen Prüfung. Siehe die Zusammenstellung bei Walter Jellinek a. a. O. S. 3 ff. Bezüglich einer ähnlichen Bestimmung im Art. 15 des Bayerischen Polizeistrafgesetzbuchs vom 26. Dezember 1871, wonach die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Vorschrift vom Richter nicht in Erwägung gezogen werden darf, hat die Rechtsprechung angenommen, die tatsächlichen Voraussetzungen für den Erlaß der Vorschrift seien nicht zu prüfen, sowie auch nicht, ob die Vorschrift nach Maßgabe der örtlichen Verhältnisse zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes geeignet erscheine (v. Riedels Kommentar zum Polizeistrafgesetzbuche für das Königreich Bayern vom 26. Dezember 1871, 7. Aufl., S. 63 ff.).

[210]) Oppenhoff, Ressortverhältnisse, 2. Aufl., S. 322 Anm. 48.

Digitized by Google

vom freien Genusse des Eigentums gegründet werde[211]). Die Klage sei hier nur „unter vorausgesetzter Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Verfügung" über einen Anspruch auf Entschädigung gestattet. Gegen allgemeine, mit Genehmigung der höheren Polizeibehörde erlassene Polizeiverfügungen sollte nach dem letzten Absatze des § 40 der Weg Rechtens unter denselben Modalitäten stattfinden. Diese Bestimmungen waren nicht klar und gaben zu vielfachen Zweifeln Anlaß[212]). Während in den früher für einzelne Landesteile erlassenen Reglements der Rechtsweg gegen polizeiliche Verfügungen ohne Vorbehalt bezüglich der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit allgemein mit der Maßgabe zugelassen war, daß sie im Falle der Dringlichkeit trotz Widerspruchs zur Ausführung gebracht werden durften[213]), enthielt die Verordnung vom 26. Dezember 1808 abweichende Grundsätze, die von Friese, dem bekannten Verfasser der Verordnung, in einem besonderen Aufsatze dargelegt worden waren[214]). Bemerkenswert sind daraus für uns besonders folgende Ausführungen:

> „— — es gibt sehr viele polizeiliche Anordnungen, wo zwar der Zweck — — durch eine allgemeine Verordnung feststeht, wo aber die Auswahl der verschiedenen dahin führenden Mittel, überhaupt die Form des Verfahrens, nicht genau genug bestimmt ist — — wo durch Lokalität, Zeitumstände und zufällige Ereignisse besondere, öfters nur temporelle Maßregeln notwendig und zweckmäßig werden, die unmöglich in den allgemeinen Polizeiverordnungen vorhergesehen werden können. — — Dergleichen Verfügungen — — lassen sich im Grunde bloß als Äußerungen der den Polizeibehörden beigelegten

[211]) Vorher war im § 38 Abs. 2 hinsichtlich eines speziellen Rechtstitels gesagt worden, daß die Bestimmung des § 40 eintrete, insofern der spezielle Rechtstitel unbegründet befunden werde und es „auf Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Polizeiverfügung" ankomme.

[212]) Loening im Verwaltungsarchive Bd. 3 S. 122 ff.

[213]) Z. B. nach § 9 Nr. 6 des für Ostpreußen und Litauen erlassenen Reglements vom 21. Juni 1804 (N. C. C. XI S. 2503 ff.). Vgl. Loening im Verwaltungsarchive Bd. 2 S. 440 ff.

[214]) „Über die Frage, inwieweit gegen Verfügungen und Maßregeln der p. p. Kammern der Weg Rechtens zugelassen werden könne? mit besonderer Rücksicht auf das Ostpreußische Ressortreglement vom 21. Juni 1804 beurteilt." Der Aufsatz befindet sich in den Akten des Geh. Staatsarchivs, betr. die Ressortveränderung der Landeskollegien in Westpreußen und die nachher beschlossene Ausarbeitung eines generellen Ressortreglements für sämtliche Provinzen. 1808/9. Rep. 77 Tit. 549 (früher CXCIX A) Blatt 62 ff. Dieselben Akten sind von Loening (Verwaltungsarchiv Bd. 2 S. 456 ff.) und von Rosin (Begriff der Polizei S. 76 ff) benutzt worden.

Digitized by Google

exekutiven Gewalt betrachten, und der Zweck, der durch sie erreicht werden soll, macht eigentlich das Gesetz aus[215]).

— — werden immer Fälle übrig bleiben, in denen die Polizei bei ihren Operationen keine Vorschrift vor sich hat, sondern wo sie ganz nach ihrer eigenen Einsicht handeln oder auf der Stelle gar selbst Vorschriften geben muß; und insofern ist ein gewisser Grad von gesetzgebender Macht unzertrennbar von der Polizeiverwaltung, — — in sehr vielen Fällen muß die Polizei auch erlaubte Handlungen einschränken oder etwas zu tun befehlen, wozu die Gesetze keine Zwangsverbindlichkeit festgesetzt haben[216]). — —

Bei einer jeden polizeilichen Verfügung lassen sich — — drei Rücksichten unterscheiden:

A. ihre Rechtlichkeit — —,

B. ihre Notwendigkeit, ob das allgemeine Beste die — — Beschränkung auch wirklich notwendig mache und davon Nutzen habe,

C. ihre Zweckmäßigkeit, ob die in der Verfügung gewählten Mittel auch hinreichend sind, den vorgesetzten Zweck zu erreichen, oder ob nicht durch andere Mittel derselbe Zweck mit einer minderen Beschränkung des Individuums erreicht werden könne. — —

In sehr vielen Fällen läßt sich die Beurteilung der Rechtlichkeit von der ihrer Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit nicht trennen, und die Verbindlichkeit des Individui, sich derselben zu unterwerfen, hängt häufig nur allein davon ab, daß die Verfügung notwendig und zweckmäßig sei. — —.

Gemeinhin hängt die Beurteilung der Rechtlichkeit von der ihrer Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit in solchen Fällen ab, worin die Gesetze eine Handlung unbestimmt gelassen haben, oder wo nur durch das Eintreffen gewisser Umstände — hypothetisch — eine Beschränkung der bürgerlichen Freiheit notwendig wird. Dieses sind aber gerade diejenigen, wo der Regel nach die Polizei bloß nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen handeln kann, und für welche — — es am nötigsten ist, ihr eine selbständige Funktion zu sichern[217]). — —

Der Grund der Klage kann — entweder nur darin bestehen, daß jemand die Polizeiverfügung des allgemeinen Bestens wegen nicht für notwendig oder zweckmäßig hält, oder er führt außerdem noch ein besonderes Rechtsfundament an. Im ersten Falle liegt der Klage jedesmal das Prinzip zum Grunde, daß ohne Not durch die Polizeiverfügung eine nach dem Gesetze nicht eingeschränkte Handlung beschränkt werde, also das Prinzip der allgemeinen bürgerlichen Freiheit und des freien Genusses seines Eigentums. In dem letzteren Falle kann nun das besondere Fundament entweder in einer ausdrücklichen gesetzlichen Disposition bestehen oder in einem

[215]) Blatt 66 der Akten.

[216]) a. a. O. Blatt 69 v, 70.

[217]) a. a. O. Blatt 71.

Digitized by Google

anderen speziellen Rechtstitel, vermöge dessen jemand das der durch die Polizeiverfügung festgesetzten Verbindlichkeit gegenüberstehende Recht ausdrücklich erworben haben will [218]). — —

Wenn — eine Klage bloß auf den allgemeinen Grundsatz fundiert wird, daß keiner in dem Genusse seines Eigentums und seiner bürgerlichen Freiheit weiter eingeschränkt werden könne, als das gemeine Beste solches erfordere, so hängt die Beurteilung ihrer Erheblichkeit jedesmal von der Beurteilung der Notwendig- und Zweckmäßigkeit der verfügten Polizeimaßregel ab, und jene läßt sich von dieser garnicht trennen. Steht die Notwendig- und Zweckmäßigkeit erst fest, so hat — — auch die Rechtlichkeit — — kein Bedenken — —. Es frägt sich: 1. von wem kann man eine richtigere Beurteilung der Frage erwarten, ob eine polizeiliche Verfügung des gemeinen Bestens wegen notwendig und in sich zweckmäßig sei, von der Justiz oder der Polizeibehörde? Ich sage: von der Polizeibehörde [219])."

Gegen den Frieseschen Entwurf wurde in einem Votum des Justizdepartements u. a. geltend gemacht [220]):

„Hat das Polizeigesetz die Mittel, welche zu dem aufgestellten Zwecke führen, nur allgemein angegeben und mithin die Auswahl der verschiedenen Mittel oder die Bestimmung des dabei zu beobachtenden Verfahrens der näheren Beurteilung der Kammer überlassen, so ist diese allerdings befugt und verpflichtet, die näheren Maßregeln mit Rücksicht auf Lokalität, Zeitumstände und zufällige Ereignisse festzustellen; sie muß aber hierbei die gesetzlichen Schranken beobachten und mithin durch ihre Anordnungen die bürgerliche Freiheit und den freien Gebrauch des Eigentums nicht mehr beschränken, als der Zweck des Gesetzes und die eintretenden Umstände solches erfordern. Überschreitet sie diese Schranken, so bleibt sie zwar — berechtigt, ihre Anordnung in Fällen, wo kein Aufschub stattfinden kann, zur Exekution zu bringen; allein sie macht sich dadurch regreßfähig, und ihre Anordnung kann mithin der rechtlichen Erörterung und Prüfung nicht entzogen werden [221]).

— — in der Regel ist die Entschädigungsklage von der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Verfügung selbst abhängig; mithin wird die Entschädigungsklage durch die vorausgesetzte Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit — — ausgeschlossen. — — erlangt eine jede Verfügung die Eigenschaft eines Gesetzes, sobald deren Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit — oder mit einem Worte deren Gesetzmäßigkeit — keiner richterlichen Prüfung unterworfen, sondern als vorhanden präsumiert werden soll. Da es nun keineswegs die Absicht ist — —, der Kammer eine gesetzgebende Gewalt zu verleihen, so muß

[218]) a. a. O. Blatt 72.
[219]) a. a. O. Blatt 74.
[220]) In den genannten Akten des Geheimen Staatsarchivs Blatt 29 ff.
[221]) a. a. O. Blatt 33 v, 34.

Digitized by Google

auch eine jede ihrer Verfügungen, wenn solche in einem vorhandenen Gesetze nicht gegründet ist, der richterlichen Prüfung unterworfen bleiben, sobald deren Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit bestritten wird [222])."

Die Einwendungen des Justizdepartements blieben ohne Erfolg, zeigen aber, wie die von Friese vorgeschlagenen Bestimmungen, denen die Verordnung gefolgt ist, damals verstanden wurden.

Offenbar stellt die im § 10 II 17 ALR. über das Amt der Polizei gegebene allgemeine Vorschrift keinen speziellen Rechtstitel dar, aber auch keine ausdrückliche Disposition der Gesetze im Sinne der Verordnung vom 26. Dezember 1808. Vielmehr bestimmt § 10 a. a. O. nur die von der Polizei zu verfolgenden Zwecke, indem es ihrem Ermessen überlassen wird, was im einzelnen dazu vorzukehren ist. Bei Anwendung des § 10 handelt es sich daher um den von Friese erörterten Fall, wo zwar der Zweck, welcher erreicht werden soll, gesetzlich feststeht, wo aber genauere Bestimmungen fehlen und die Polizei nach den Umständen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der zu treffenden Anordnung prüfen muß. Wurde zur Fernhaltung einer Gefahr eine gewisse Anstalt gefordert und dagegen angeführt, eine Gefahr liege nicht vor oder die Anstalt sei zu dem Zwecke nicht nötig, so war der Grund der Klage nach der Friese'schen Auffassung das Prinzip der allgemeinen bürgerlichen Freiheit und des freien Genusses des Eigentums. Hierfür sollte der Grundsatz gelten, daß den Gerichten über die Notwendigkeit zum allgemeinen Besten und die Zweckmäßigkeit keine Kognition zustand und ein Entschädigungsanspruch nur „unter vorausgesetzter Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Verfügung" zugelassen war, obgleich nach den Darlegungen von Friese — ebenso wie nach dem Votum des Justizdepartements — die Beurteilung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit nicht von der Rechtmäßigkeit zu trennen war, diese vielmehr häufig von der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit abhing [223]).

Daraus geht ganz klar hervor, daß sich Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit gemäß der Verordnung vom 26. Dezember 1808 mit auf die nötigen Anstalten zur Abwendung von Gefahren im Sinne des § 10 II 17 ALR. bezogen, also auch auf Erreichung

[222]) a. a. O. Blatt 37, 38.

[223]) Ob und inwieweit danach für einen Entschädigungsanspruch überhaupt noch Raum blieb, ist hier nicht zu untersuchen.

Digitized by Google

näherer Zwecke, nicht bloß auf die letzten Zwecke der Staatsverwaltung. Es erscheint auch ausgeschlossen, daß darüber, ob zur Verhütung einer Gefahr — etwa einer Feuers- oder Gesundheitsgefahr — eine Anstalt nötig sei, der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten betreffs einer Entschädigung ohne Einschränkung eröffnet gewesen sein sollte, die Gerichte also über die damit verbundenen Ermessensfragen zu entscheiden gehabt hätten — zumal in Anbetracht der Verfügungsmacht, die der Polizei unzertrennlich zukommen sollte, und auch gegenüber allgemeinen, von den Regierungen „mit Genehmigung der höheren Polizeibehörde" erlassenen Vorschriften, für die in dieser Beziehung dasselbe galt.

Nun fragt es sich, ob die Begriffe der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit bei ihrem Übergang in spätere Gesetze, besonders in das Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850, ihre Beziehung auf die näheren Zwecke verloren haben, weil sie hier von der Gesetzmäßigkeit unterschieden, im Gegensatze zu dieser genannt werden.

Dem Wortlaute des § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes zufolge hat der Richter nur die gesetzliche Gültigkeit „nach den Bestimmungen der §§ 5, 11 und 15 dieses Gesetzes in Erwägung zu ziehen". Obschon nicht daran zu zweifeln ist, daß trotz der Verweisung auf einzelne Paragraphen die Rechtsgültigkeit nach allen Seiten hin zu prüfen ist, insbesondere auch die Frage, ob der Gegenstand durch Polizeiverordnung geregelt werden darf, so bestimmt sich doch der Gegenstand zunächst jedenfalls nach dem Zwecke der Maßregel. Außerdem spricht die Anführung einzelner Paragraphen, mag sie auch nicht erschöpfend sein, gegen die Absicht einer Erstreckung auf das bisherige Gebiet der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit. In den von Rosin mitgeteilten Gesetzesmaterialien findet sich nichts, woraus zu entnehmen wäre, daß die Notwendigkeit zur Erreichung eines näheren Zweckes der richterlichen Prüfung hätte unterworfen werden sollen[224]). Die Vorentwürfe des Polizeiverwaltungsgesetzes wollten nach den Erläuterungen sogar die richterliche Nachprüfung hinsichtlich des Gegenstandes der Polizeiverordnungen ausschließen; wenn man hiervon später zurückgekommen ist und sich mit Ausschließung der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle begnügt hat, so hat doch über Ausschließung der letzteren immer Einverständnis bestanden,

[224]) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 285 ff., 304 ff.

Digitized by Google

ohne daß eine deren Tragweite einengende Auffassung zutage getreten wäre. Wurde der Richter bloß zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit berufen, so bedurfte es, sofern Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit nicht auf die tatsächlichen Voraussetzungen des § 10 II 17 ALR. bezogen wurden, nicht erst einer Ausschließung der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle, weil diese dann die Gesetzmäßigkeit ohnehin nicht berührte; gerade auf die „nach den gemachten Erfahrungen für erforderlich" gehaltene Ausschließung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit legte aber, wie eine Äußerung des Regierungskommissars ergibt[225]), die Regierung Gewicht, nachdem in den Erläuterungen zu dem ersten Entwurfe des Gesetzes für zweifelhaft erklärt worden war, ob diese Frage „rein administrativer Natur" sei[226]).

Wiewohl daran festzuhalten ist, daß — abgesehen von Einzelbestimmungen — die Polizeiverordnungen in den Grenzen des § 10 II 17 ALR. bleiben und zur Abwendung von Gefahren erlassen werden müssen, so ist dies doch im Polizeiverwaltungsgesetze nicht allgemein ausdrücklich ausgesprochen, § 10 II 17 ALR. dort überhaupt nicht erwähnt. Im Polizeiverwaltungsgesetze wird nicht gesagt, daß die Polizeivorschriften nicht nur zum Zwecke der Abwendung von Gefahren erlassen, sondern auch zu diesem Zwecke nötig sein müssen, und wird nicht hiervon deren Zulässigkeit ausdrücklich abhängig gemacht, so daß zwischen der die Zulässigkeit bedingenden Notwendigkeit zur Abwendung von Gefahren und der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit, vorhandene Gefahren abzuwenden, unterschieden und die Ausschließung der richterlichen Prüfung nur auf letztere Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit bezogen werden könnte. Bildet der Schutz der Personen und des Eigentums nach § 6 a des Polizeiverwaltungsgesetzes einen Gegenstand der ortspolizeilichen Vorschriften, so ist zu fragen, wie bei den zu deren Schutze erlassenen Vorschriften Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu verstehen seien, ob zwischen der Notwendigkeit *zum* Schutze — entsprechend der nötigen Anstalt zur Abwendung einer Gefahr im Sinne des § 10 II 17 ALR. — und der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Schutzes an sich — seine Zulässigkeit vorausgesetzt — zu unterscheiden sei, und ob sich die Ausschließung der Notwendigkeit und

[225]) Stenographische Berichte der I. Kammer von 1850 S. 2337. Siehe auch Rosin a. a. O. S. 287.

[226]) Rosin a. a. O. S. 312.

Digitized by Google

Zweckmäßigkeit von der richterlichen Prüfung überhaupt nicht mit auf die Notwendigkeit zum Schutze erstrecke. Eine solche Unterscheidung wird durch den Wortlaut des Polizeiverwaltungsgesetzes in keiner Weise angedeutet und widerspricht der mutmaßlichen Absicht, weil sie nach dem früher Gesagten der gleichmäßigen Anwendung der Vorschriften entgegenwirkt. Ähnlich steht es bei den anderen im § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes aufgeführten Gegenständen ortspolizeilicher Vorschriften.

Das Oberverwaltungsgericht hat dementsprechend regelmäßig die Begriffe der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit ohne Unterscheidung auf die näheren Zwecke mitbezogen [227]). Insbesondere ist es daher auch als eine Frage der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit angesehen worden und anzusehen, ob eine Vorschrift ausnahmslos zu erlassen oder ob sie durch Ausnahmen oder durch Vorbehalt von Dispensationen zu mildern sei [228]).

Für den jetzt gegen polizeiliche Verfügungen eröffneten Verwaltungsrechtsweg ist eine ähnliche allgemeine Schranke nicht gezogen; denn die Berechtigung zum polizeilichen Einschreiten setzt nach § 10 II 17 ALR. voraus, daß es zur Abwendung von Gefahren nötig sei, und die Prüfung der Rechtmäßigkeit ist dem Verwaltungsrichter übertragen, ohne die Frage der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit ausdrücklich auszunehmen [229]). Zwar hat sich die Prüfung, weil sie nur die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens betreffen darf, nicht darauf zu erstrecken, ob und in welchem Umfang es notwendig und zweckmäßig war, von der Berechtigung Gebrauch zu machen; insoweit ist dem Verwaltungsrichter auch bei polizeilichen Verfügungen die Prüfung der Not-

---

[227]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 368, Bd. 18 S. 375, Bd. 23 S. 352, Bd. 24 S. 355, Bd. 29 S. 389, Bd. 34 S. 385, Bd. 35 S. 383, Bd. 50 S. 278, Bd. 61 S. 141 ff., Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 17 S. 127 r., Jahrg. 18 S. 315 r., Jahrg. 23 S. 665 l. Vgl. auch Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 41 S. 422 sowie Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 280 ff. Anm. 2.

[228]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 11 S. 376.

[229]) Aus dem nur für Polizeiverordnungen geltenden § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes kann nicht hergeleitet werden, daß der Verwaltungsrichter die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung nicht zu prüfen habe. Allerdings hat das Oberverwaltungsgericht hierfür § 17 a. a. O. in bezug genommen (Entscheidungen Bd. 40 S. 439).

Digitized by Google

wendigkeit und Zweckmäßigkeit versagt[230]). Doch haben diese Begriffe, wie dargelegt worden ist, nach der Verordnung vom 26. Dezember 1808 und nach § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes, wohin sie von dorther übergegangen sind, kein so enges Gebiet der Anwendung[231]).

Somit ist anzunehmen, daß § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes mit der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit alle Ermessensfragen begreifen will[232]), auch wenn sie die abstrakte Gefahr und das Mittel zu deren Abwendung betreffen, insbesondere die Notwendigkeit der Vorschriften unter den Gesichtspunkten der Anzahl der gefährlichen und schädlich verlaufenden Fälle, des Wertes des bedrohten Gutes und der Schwierigkeit des Schutzes mittels Einzelverfügung im Vergleiche mit den dem Erlasse der Vorschriften entgegenstehenden Interessen. Zu einer solchen Abwägung ist nur der polizeiliche Gesetzgeber berufen, nicht aber der Richter bei der jedesmaligen Anwendung der Polizeiverordnung. Bei Anfechtung einer polizeilichen Verfügung hat der Verwaltungsrichter — ebenso wie die einschreitende Polizeibehörde — das Vorhandensein einer konkreten Gefahr frei zu prüfen, dagegen tritt der Richter bei Anwendung einer Polizeiverordnung hinsichtlich der Beurteilung einer abstrakten Gefahr nicht an Stelle des polizeilichen Gesetzgebers, dessen Ermessen der vollen richterlichen Kontrolle nicht unterliegt[233]). Wenngleich der Erlaß einer Polizeiverordnung eine abstrakte Gefahr voraussetzt, so ist doch der die Polizeiverordnung anwendende Richter nicht zur freien Prüfung dieser Voraussetzung[234])

---

[230]) Über die Zweckmäßigkeitsfrage bei Anwendung des § 10 II 17 ALR. vgl. meinen Aufsatz im Verwaltungsarchive Bd. 24 S. 188 ff.

[231]) Durch Verwischung des Unterschieds bei Polizeiverordnungen und polizeilichen Verfügungen leiden auch hier die Ausführungen von Walter Jellinek (a. a. O. S. 88 ff., 201 ff.). Dasselbe gilt von den Ausführungen Tezners (Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden S. 92 ff.), soweit sie sich auf preußisches Recht beziehen. Siehe Friedrichs im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 30 S. 371 ff.

[232]) Nach Walter Jellinek — a. a. O. S. 89 — ist „die Ermessensfrage völlig gleichbedeutend mit der Frage der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit". Freilich meint er nur das freie Ermessen.

[233]) Hier handelt es sich nur um Freiheit von der richterlichen Kontrolle, nicht um den schwer abzugrenzenden Begriff des freien Ermessens. Vgl. Walter Jellinek a. a. O. S. 114.

[234]) Vgl. Wolzendorff im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 32 S. 262 f. Anm. 87.

Digitized by Google

berufen; ohne Rücksicht auf deren Erfüllung gilt die Polizeiverordnung für gesetzmäßig.

c) Ergebnis.

Indes ist dem Richter gegenüber einer Polizeiverordnung hinsichtlich der abstrakten Gefahr und hinsichtlich der Beurteilung der Vorschrift als Mittels zur Bekämpfung der Gefahr nicht jede Nachprüfung entzogen. Der von ihm zu prüfende Gegenstand der Polizeiverordnung bestimmt sich doch nicht allein nach dem Zwecke, den die verordnende Behörde bei Erlaß der Vorschrift im Auge hat. Es kann der sachliche Inhalt der Vorschrift mit der wirklichen Abwendung von Gefahren so wenig gemein haben, daß die Vorschrift deshalb außerhalb des der Regelung durch Polizeiverordnung unterworfenen Gebiets liegt. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn nicht wenigstens die objektive Möglichkeit eines Schadens anzunehmen ist, gegen die sich der Schutz durch die Vorschrift richten könnte. Die objektive Möglichkeit eines Schadens ergibt sich aus dem erfahrungsmäßigen Verlaufe der Dinge, gehört also nicht als Frage des Ermessens zur Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Vorschrift. Daher hat der Richter eine Polizeiverordnung, die zur Abwendung einer Gefahr erlassen ist, dann nicht als gültig anzuwenden, wenn er findet, daß die objektive Möglichkeit eines Schadens zu verneinen sei. Da die Polizeiverordnungen praktische Lebensverhältnisse regeln sollen, muß die ihren Erlaß bedingende Möglichkeit eines Schadens eine solche sein, wie sie im praktischen Leben beachtet wird, so daß eine zwar denkbare, aber verschwindend geringe, überall unbeachtet bleibende Möglichkeit nicht ausreicht und das Erfordernis der Schadensmöglichkeit nicht der Bedeutung ermangelt.

Aber auch darüber hinaus ist dem Richter hinsichtlich des sachlichen Inhalts einer zur Abwendung von Gefahren erlassenen Polizeiverordnung eine gewisse Kontrolle nicht zu versagen. Wenn auch über Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Vorschriften als Abwehrmittel gegen Gefahren sehr verschieden geurteilt werden kann und bei Ausübung des Polizeiverordnungsrechts dem Ermessen ein weites Feld eröffnet ist, so gibt es doch eine sachliche Grenze für die Auffassung als Mittel zum Schutze gegen Gefahren. Zeigt sich, daß der polizeiliche Gesetzgeber von offenbar falschen, allen Erfahrungen und den übereinstimmenden Ansichten der Sach-

Digitized by Google

verständigen zuwiderlaufenden Vorstellungen ausgegangen ist oder die Vorschriften mit den dringendsten Bedürfnissen des Lebens unvereinbar sind, so ist ihnen die Gültigkeit ebenfalls abzusprechen gleichviel, welchen Zweck der polizeiliche Gesetzgeber verfolgt. Denn es kann nicht angenommen werden, daß sich nach Absicht des Polizeiverwaltungsgesetzes auf Vorschriften, die derartige Mißgriffe enthalten, die Ermächtigung zum Erlasse von Polizeiverordnungen erstrecken soll[235]). Die Ermächtigung hierzu ist vielmehr an die selbstverständliche Voraussetzung geknüpft, daß sie verständig ausgeübt wird, daß es sich um Maßnahmen handelt, die nach Veranlassung und Inhalt von einem verständigen Beurteiler als geeignete Mittel zur Abwendung von Gefahren angesehen werden können. Wie ein Mittel, welches der Arzt einem Kranken verordnet, entweder heilen oder lindern oder ohne Wirkung bleiben oder im Gegenteile schaden kann, so kann auch die Vorschrift — das Mittel — zur Abwendung einer Gefahr sie entweder beseitigen oder vermindern oder überhaupt nicht beeinflussen oder gar vergrößern; wie ferner ein ärztliches Mittel einen schärferen Eingriff in den Körperzustand oder in die sonstigen Lebensverhältnisse des Kranken enthalten kann, als zur Heilung erforderlich ist, so kann auch die Vorschrift zur Abwendung einer Gefahr an einem Übermaß über das zu diesem Zwecke Notwendige leiden[236]). Zwar unterliegt die Auswahl des richtigen Mittels ebenso wie die Frage, ob in der objektiven Möglichkeit eines Schadens eine durch Polizeiverordnung zu bekämpfende Gefahr zu erblicken sei, ohne richterliche Nachprüfung dem Ermessen des polizeilichen Gesetzgebers, aber doch nur einem verständigen, so daß eine Polizeiverordnung, die eine offenbare Sachwidrigkeit verlangt, nicht Rechtsgültigkeit erlangen kann[237]). Das ist auch der Sinn jener Entscheidungen des Ober-

[235]) Daß dies nicht die Absicht war, ergibt sich auch aus den Kammerverhandlungen insofern, als Bedenken gegen einen möglichen Mißbrauch des Verordnungsrechts geäußert wurden, denen von anderer Seite, namentlich dem Regierungsvertreter, mit Erfolg widersprochen wurde (Stenographische Berichte der I. Kammer von 1850 S. 2331).

[236]) Vgl. Walter Jellinek a. a. O. S. 79 ff.

[237]) Wird z. B. gegen eine Polizeiverordnung, die den Anschluß an eine Wasserleitung gebietet, der Einwand erhoben, das Leitungswasser sei zum menschlichen Genuß ungeeignet, so wird es sich fragen, ob das Leitungswasser wirklich so beschaffen ist, daß der Genuß nach den Grundsätzen der Hygiene niemandem zugemutet werden kann. Hingegen darf wegen gerin-

Digitized by Google

verwaltungsgerichts, nach welchen es darauf ankommen soll, daß die Vorschriften nicht sachwidrig seien, es nicht an objektiven polizeilichen Momenten fehle, die Polizei sich nicht in ihren Mitteln völlig vergriffen habe usw. Maßgebend hierfür sind in der Regel wieder die allgemeinen Anschauungen, zumal wenn sie auf unbestrittener wissenschaftlicher Erkenntnis beruhen[238]). Der Richter hat nicht das dem polizeilichen Gesetzgeber zustehende Ermessen auszuüben, sondern nur zu erwägen, ob ein verständiger Gesetzgeber zur Annahme einer abstrakten Gefahr und zum Erlasse derartiger Vorschriften behufs Abwendung der Gefahr gelangen konnte. Ein ähnlicher Gedanke ist es, wenn Otto Mayer bezüglich des dem französischen Rechte eigentümlichen Rekurses wegen Machtüberschreitung von einem abstrakten Maßstabe spricht, wonach der Zweck der Verordnung als ein fremdartiger, d. h. unzulässiger, anzusehen sei, wenn ein normaler Beamter sich unter solchen Umständen dieses Zieles hätte bewußt sein müssen[239]). Die Auffassung des französischen Rechtes ist beachtenswert, weil bekanntlich die französischen Gesetze zum Vorbilde für das Polizeiverwaltungsgesetz gedient haben[240]). Einleuchten dürfte der wesentliche Unterschied von der vorher bekämpften Ansicht, die den Richter zur freien Prüfung des

---

gerer, nur die Annehmlichkeit des Genusses schmälernder, besonders vorübergehender Mängel die Polizeiverordnung nicht für ungültig angesehen werden. So hat auch das Oberverwaltungsgericht in einem derartigen Falle entschieden (Urteil vom 21. Oktober 1913 — IX. A. 92. 09 —).

Der Standpunkt des Richters ist ein anderer, wenn 1. eine Polizeiverordnung nicht den Anschluß an eine bestimmte, fertige Wasserleitung vorschreibt, sondern unter der Voraussetzung erlassen ist, daß eine einwandfreie öffentliche Wasserleitung hergestellt sein werde, weil dann deren Vorhandensein eine zur Anwendung der Polizeiverordnung nach ihrem Inhalt erforderliche Tatsache ist, die der Richter wie jede andere Tatsache festzustellen hat, und ferner auch, wenn 2. nach Erlaß der Polizeiverordnung eine dauernde wesentliche Verschlechterung des Wassers eingetreten ist, weil angenommen werden muß, daß der Anschlußzwang nur unter der tatsächlichen Voraussetzung der fortdauernden einwandfreien Beschaffenheit des Wassers vorgeschrieben ist. In diesen beiden Fällen handelt es sich nicht um Ungültigkeit der Polizeiverordnung, sondern um eine tatsächliche Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit.

[238]) Siehe die eingehenden Darlegungen von Walter Jellinek a. a. O. S. 41 ff.

[239]) Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts S. 143.

[240]) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 49 ff.

Digitized by Google

Vorhandenseins einer Gefahr bei Anwendung einer Polizeiverordnung für berechtigt und verpflichtet erklärt.

Hiernach ist das Ergebnis, daß die abstrakte Gefahr und die Tauglichkeit des Abwehrmittels zwar nicht frei zu prüfen sind, daß aber die Verfolgung eines zulässigen Zweckes für die Bejahung der Gültigkeit einer Polizeiverordnung nicht unbedingt ausreicht, sondern eine Polizeiverordnung ungeachtet eines zulässigen Zweckes für ungültig erklärt werden muß, wenn die objektive Möglichkeit eines Schadens fehlt, oder wenn ein verständiger Gesetzgeber von den maßgebenden Gesichtspunkten aus nicht zur Annahme einer abstrakten Gefahr oder nicht zu einer solchen Vorschrift zwecks ihrer Bekämpfung gelangen kann. Zu der Prüfung des subjektiven Zweckes, den der polizeiliche Gesetzgeber verfolgt, tritt also eine gewisse Prüfung der objektiven Sachlage, die nicht den Richter die Stelle des Gesetzgebers einnehmen läßt, aber von den äußersten Mißgriffen, die beim Erlasse von Polizeiverordnungen immerhin denkbar sind, die gesetzliche Wirkung fernhält. Ein solches Ergebnis ist praktisch befriedigend, weil es einerseits verhindert, daß von der verschiedenen Auffassung über die Annahme einer abstrakten Gefahr und über die zu deren Abwendung nötigen Mittel die Rechtswirksamkeit einer Polizeiverordnung abhängt, anderseits doch da, wo die Polizeiverordnung mit den wirklichen Verhältnissen und den Bedürfnissen des Lebens in offenbarem Widerspruche steht, Rechtshilfe gewährt. Freilich ist die Grenze für das, was ein verständiger Gesetzgeber noch als abstrakte Gefahr und als zweckmäßig zu deren Abwendung ansehen kann, nicht allen Zweifeln entrückt, aber doch für ein weites Gebiet die Rechtswirksamkeit der durch Polizeiverordnung erfolgenden Regelung gesichert. Einen festeren Standpunkt bietet anderseits zunächst das Erfordernis der objektiven Möglichkeit eines Schadens [241]).

---

[241]) Wie sich dies Ergebnis zur Rechtsprechung verhält, soll noch durch Hinweis auf einige Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts und des Kammergerichts beleuchtet werden.

A. Im Einklange mit den hier entwickelten Grundsätzen hat das Oberverwaltungsgericht

a) wiederholt die Gültigkeit von Straßenpolizeiverordnungsvorschriften damit begründet, daß die Möglichkeit einer Verkehrsstörung vorliege (Entscheidungen Bd. 43 S. 212, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 23 S. 329 r.),

b) zur Begründung der Rechtsgültigkeit einer den Waffenverkauf ein-

Digitized by Google

Wie bei polizeilichen Verfügungen dem regelmäßigen Verlaufe des Lebens und dem herkömmlichen Verhalten der Polizeibehörden ein Anhalt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit zu entnehmen ist, so fällt auch bei Polizeiverordnungen ins Gewicht, ob ihr Gegenstand zu denjenigen gehört, über welche regelmäßig Polizeiverord-

---

schränkenden Polizeiverordnung geltend gemacht, es dürfe solchen Gefahren und Störungen der öffentlichen Ordnung vorgebeugt werden, deren Eintritt nach allgemeinen Erfahrungen stets möglich sei, es genüge, daß sie im allgemeinen und in vielen Fällen hervorgerufen werden könnten (Entscheidungen Bd. 45 S. 344 ff.),

c) in bezug auf eine Polizeiverordnung, wonach zur Herstellung künstlicher Mineralwässer nur destilliertes Wasser verwendet werden darf, erklärt die Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung durch Verwendung nichtdestillierten Wassers genüge, um die letztere grundsätzlich zu verbieten (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 20 S. 125).

Daß bei diesen Entscheidungen Gründe fehlten, welche ungeachtet der Möglichkeit eines Schadens einen verständigen Gesetzgeber hätten verhindern müssen, eine Gefahr anzunehmen oder eine derartige Abwehrvorschrift zu erlassen, ist aus dem Stillschweigen hierüber zu folgern und aus den ganzen Sachlagen zu ersehen. In der zu b erwähnten Entscheidung wird dem Kammergericht entgegengetreten, welches auf Grund des § 10 II 17 ALR. mehr als die Möglichkeit eines Schadens zur Gültigkeit der Polizeiverordnung gefordert hatte. Sonst tritt freilich der Unterschied zwischen dem weiteren Begriffe der objektiven Möglichkeit eines Schadens und dem engeren Begriff einer Gefahr, insbesondere auch einer abstrakten, in jenen Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts nicht hervor.

Mit den gedachten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts stimmt es überein, wenn hinsichtlich einer Baupolizeiverordnung, welche die Errichtung von Fabrikanlagen an bestimmten Straßen untersagt, vom Reichsgericht — Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 60 S. 329 — ausgeführt wird, die materielle Gültigkeit der Polizeiverordnung dürfe nicht in Frage gestellt werden, sofern die verbotswidrige Anlage zum Schaden des gemeinen Wesens ausschlagen „könne".

B. Die Rechtsprechung des Kammergerichts geht nach unserer Auffassung mit ihren Anforderungen zuweit, wenn sie das Vorhandensein einer Gefahr im allgemeinen für eine Voraussetzung der Gültigkeit einer Polizeiverordnung ansieht, und zeigt Schwankungen, die sich aus der Unbestimmtheit des Begriffs der Gefahr erklären (vgl. Delius im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 25 S. 864 r.).

a) Früher hatte das Kammergericht die zu Ab gedachten Polizeiverordnungen, welche zur Vermeidung von Gefahren den Waffenverkauf beschränken, sowohl gegenüber den für erschöpfend erachteten Bestimmungen der Strafgesetze als auch wegen Fehlens einer Gefahr auf Grund des § 10 II 17 ALR. für ungültig erklärt (Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 25 C S. 87 ff. und Bd. 26 C S. 49 ff.). Später sind aber beide Gründe,

Digitized by Google

nungen ergangen sind, ohne daß deren Rechtsgültigkeit mit Erfolg beanstandet wäre, oder ob die Polizeiverordnungen für ein Gebiet erlassen werden, auf welchem bisher eine polizeiverordnungsmäßige Regelung unterblieben war. Im ersteren Falle wird an der Zulässigkeit ohne besonderen Grund nicht zu zweifeln sein, im letzteren

---

von denen hier nur der zweite in Betracht kommt, aufgegeben worden (ebenda Bd. 26 C S. 85 ff. in Verbindung mit S. 55), so daß nunmehr insoweit Übereinstimmung mit dem Oberverwaltungsgerichte besteht.

b) Polizeiverordnungen, die das Teppichklopfen aus Gesundheitsrücksichten auf gewisse Tage und Tageszeiten beschränken, waren in Ermangelung einer Gefahr vom Kammergerichte früher für ungültig erklärt worden (ebenda Bd. 34 C S. 53 ff., insbesondere S. 57); später aber hat das Kammergericht deren Gültigkeit anerkannt (ebenda Bd. 47 S. 374 ff.), und zwar mit Recht, weil durch fortwährendes geräuschvolles, mit Staubentwicklung verbundenes Klopfen die menschliche Gesundheit geschädigt werden *kann*.

c) Umgekehrt sind Polizeiverordnungen, die das Aufbewahren von Branntwein in Läden verbieten, deren Inhaber keine Schankerlaubnis besitzen, vom Kammergerichte früher für gültig angesehen worden (ebenda Bd. 8 S. 148 ff.), später für ungültig (ebenda Bd. 38 C S. 12 ff.), weil die Möglichkeit des Alkoholmißbrauchs keine unmittelbar bevorstehende Gefahr für Leben und Gesundheit bedeute. Dieser Grund, wonach zur Gültigkeit der Polizeiverordnung sogar eine *unmittelbar* bevorstehende Gefahr erforderlich sein soll, ist nicht richtig; wenn jedoch daneben bemerkt wird, der Hauptzweck der Polizeiverordnung bestehe in einer Erleichterung der polizeilichen Kontrolle, so würde sich, falls dies zutrifft, die Ungültigkeit aus der Unzulässigkeit des Zweckes ergeben.

d) Eine im Gesundheitsinteresse erlassene Polizeiverordnung, wonach Brunnenwasser im Betriebe von Nahrungsmittelindustrien nicht benutzt werden darf, ist vom Kammergerichte für ungültig erklärt worden. Nur für Brunnen, deren Wasser gesundheitsgefährlich sei oder es wegen seiner unmittelbaren Umgebung jederzeit werden könne, sei ein derartiges Verbot zulässig; die entfernte Möglichkeit genüge nicht (ebenda Bd. 25 C S. 35 ff.). Besteht aber die Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung, weil eine fortwährende Kontrolle der Beschaffenheit der einzelnen Brunnen nicht durchführbar ist, so muß ohne Rücksicht auf den Grad der Wahrscheinlichkeit der Schädigung eine solche Polizeiverordnung für gültig angesehen werden — ebenso wie auch das Kammergericht eine Polizeiverordnung für gültig erachtet hat, die eine Verwendung von undestilliertem Wasser zur Herstellung von künstlichem Mineralwasser untersagt (ebenda Bd. 29 C S. 89). Käme es bei Anwendung der Polizeiverordnung auf die oft schwierige Feststellung an, daß das Wasser aus dem einzelnen Brunnen gesundheitsgefährlich sei, so würde die Polizeiverordnung den Schutz gegen Gesundheitsschädigung nicht wesentlich erhöhen.

e) Hinsichtlich einer für ungültig erklärten Polizeiverordnung, welche verbietet, zur Verhütung der Empfängnis oder zu geschlechtlicher Erregung

Digitized by Google

Falle aber darum, weil die Handlungsfreiheit in einer bisher nicht üblichen Weise beschränkt werden soll, eine strengere Prüfung eintreten müssen. Allerdings ist es häufig der berechtigte Zweck der Polizeiverordnungen, die vorherrschenden, gewöhnlichen Zustände anders zu gestalten, um Gefahren zu beseitigen. Vielfach schließen

---

bestimmte Mittel öffentlich anzupreisen, hat das Kammergericht neben anderem ausgeführt, daß die Schädigung der menschlichen Gesundheit höchstens ein „nach der Individualität des einzelnen verschiedener, überall und zu allen Zeiten vorhandener, ganz allgemeiner Nachteil" sein würde, wie er „in jeder Krankheit, der Möglichkeit jeder Verletzung" liege, nicht aber eine „bevorstehende Gefahr, d. h. ein außergewöhnliches, in seinem Herannahen, in seiner Eigenart deutlich erkennbares bedrohliches Ereignis" (ebenda Bd. 21 C S. 47 ff.). Auf das Drohen eines solchen außergewöhnlichen, deutlich erkennbaren Ereignisses hat die Zulässigkeit einer Vorschrift zum Schutze der menschlichen Gesundheit doch schwerlich beschränkt werden sollen.

f) Neuerdings hat das Kammergericht (ebenda Bd. 45 S. 452 ff.) in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung eine die Ankündigung von Monopolarzneimitteln verbietende Polizeiverordnung für ungültig erklärt, obwohl in vereinzelten Fällen dadurch eine Schädigung der Gesundheit der Käufer, sei es unmittelbar, sei es durch Versäumung der Befragung eines Arztes, verursacht werden könne. Diese Möglichkeit stelle keine Gefahr dar, weil meist harmlose Mittel gegen harmlose Affektionen angekündigt würden; bei Ankündigungen bestimmter Art möge eine Gefahr anzunehmen sein. Wäre die Möglichkeit anzuerkennen, daß durch die verbotenen Anzeigen eine Gesundheitsschädigung herbeigeführt werde, so würde es als Frage des Ermessens — der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit — zu erachten sein, ob und inwieweit sie durch Polizeiverordnung zu verbieten seien. Diesem Gebiete würde dann die Erwägung angehören, ob es ausreiche, das Verbot auf einen engeren Kreis von Ankündigungen zu beschränken, die besonders leicht schädliche Folgen für die menschliche Gesundheit haben können. Handelt es sich aber, wie das Kammergericht annimmt, meist um die Ankündigung von harmlosen Mitteln gegen harmlose Affektionen, so daß dies die Regel ist, nicht eine Ausnahme von der regelmäßigen Schädigungsmöglichkeit, so wird man im allgemeinen für die Ankündigung von Monopolarzneimitteln die Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung verneinen müssen und nicht darum, weil in vereinzelten, besonders gearteten Fällen eine Gesundheitsschädigung herbeigeführt werden kann, diese Möglichkeit allgemein voraussetzen dürfen. Fehlt die Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung, so ist es zu billigen, wenn die Polizeiverordnung für ungültig erklärt wird. Dies ließe sich auch damit begründen, daß einem verständigen Beurteiler das Übermaß der Einschränkung einleuchten mußte.

g) Mit Recht sieht das Kammergericht eine Polizeiverordnung für ungültig an, wodurch das Bauen und die Anfuhr von Baustoffen in einem Seebade während der ganzen für den Badeverkehr in Betracht kommenden Jahreszeit untersagt wird (ebenda Bd. 44 S. 451 ff.). Das Kammergericht erklärt,

Digitized by Google

sich Polizeiverordnungen den seitens der Einsichtigen und Sachverständigen über ein gefahrloses gesellschaftliches Zusammenleben aufgestellten, aber in weiteren Kreisen tatsächlich nicht befolgten Grundsätzen an, die sie zu Rechtsnormen erheben wollen und erheben dürfen.

---

das Bauen sei nicht allgemein geeignet, die Gesundheit der Badegäste zu gefährden. Aber auch ohne das Fehlen einer Gefahr für ausschlaggebend zu erachten, gelangt man zur Ungültigkeit, weil durch das Bauen und die Anfuhr von Baustoffen die Gesundheit Unbeteiligter überhaupt nicht geschädigt werden kann, wenn nicht ganz besondere Umstände, die nicht regelmäßig zum Bauen gehören, diese Möglichkeit begründen, weil also die Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung für die Badegäste mit dem Bauen an sich nicht verbunden ist. Außerdem erscheint ein solcher allgemeiner Eingriff in die Baufreiheit unvereinbar mit dringenden Lebensbedürfnissen und der Zweifel begründet, ob nicht durch die Polizeiverordnung bloß die Annehmlichkeit des Aufenthalts in dem Seebad erhöht werden soll, also ein Wohlfahrtszweck verfolgt wird.

h) In einer Entscheidung des Kammergerichts, betreffend eine Polizeiverordnung über Regelung der Müllabfuhr (ebenda Bd. 41 S. 420 ff.) finden sich Wendungen, nach denen sich das Kammergericht der hier vertretenen Meinung nähert; denn die Gültigkeit der Polizeiverordnung wird damit begründet, daß die Polizeibehörde von der Auffassung ausgegangen sei und zu der Auffassung habe gelangen können, die Regelung sei geeignet, Gefahren abzuwenden (S. 422, 423 und 424).

Digitized by Google

II.

Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren.

Von Herrn Geheimen Justizrat, Professor der Rechte D. Dr. Paul Schoen in Göttingen.

I. Die Abgrenzung der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung in § 127 des Landesverwaltungsgesetzes.

Der Abs. 3 des § 127 des Landesverwaltungsgesetzes, der bekanntlich die Voraussetzungen der Verwaltungsklage gegen polizeiliche Verfügungen bestimmt, ist dank seiner unklaren Fassung bereits sehr oft der Gegenstand kritischer Untersuchung gewesen. Allein eine Übereinstimmung über sein Verständnis ist darum doch keineswegs erzielt, besonders nicht über die grundsätzliche Frage, ob er die Verwaltungsgerichte ermächtigt, auch Ermessensfragen zu überprüfen oder nicht. Dies zeigt wieder deutlich ein Vergleich der Erörterungen, die neuestens Walter Jellinek[1]), Otto Mayer[2]) und Ottmar Bühler[3]) ihm haben zuteil werden

[1]) W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913, und Besprechung des unten Anm. 3 genannten Buches von Bühler im Archive für öffentliches Recht Bd. 32 (1914) S. 580 ff.

[2]) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1914, S. 164 ff., vgl. auch 1. Aufl., Leipzig 1895, S. 192 ff.; im folgenden ist, soweit nicht anderes bemerkt, stets die 2. Aufl. zitiert.

[3]) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin 1914.

Digitized by Google

lassen. Während Jellinek sagt: „Das Oberverwaltungsgericht hat bei der Anfechtungsklage aus § 127 weder nach dem ursprünglichen Sinne des Gesetzes noch aus sonstigen Gründen eine andere Frage zu prüfen als die Rechtsfrage und die Tatfrage. Auch hat es im Verlaufe seiner Rechtsprechung nie eine andere Frage geprüft als diese beiden“ [4]), meint Bühler, daß das Oberverwaltungsgericht auf Grund des § 127 „auch gegenüber polizeilichen Verfügungen zur Ermessenskontrolle berechtigt“ sei, und findet, daß seine Praxis eine schwankende ist, indem es eine Ermessenskontrolle bald ausübe bald ablehne [5]). Mayer aber nimmt an, daß die Verwaltungsgerichte nach § 127 Abs. 3 Ziff. 2 auch „eine Nachprüfung der Richtigkeit des freien Ermessens“ vorzunehmen hätten, daß es sich hier aber doch nur „um eine beschränkte Nachprüfung“ des Ermessens, „um eine ‚Rechtskontrolle‘“ über seine Ausübung handele, deren Grenzen er dann näher zu bestimmen sucht. Über die Praxis des Oberverwaltungsgerichts hat Mayer ein auf eingehender Prüfung dieser beruhendes Urteil nicht gefällt. Bei der großen praktischen Bedeutung, welche die so verschieden beantwortete Frage hat, schien es nicht überflüssig, nochmals an sie heranzutreten und, unter kritischer Beleuchtung der wichtigsten über sie hervorgetretenen Ansichten, zu prüfen, welches Verständnis des Gesetzes sowohl der nachweisbaren Absicht des Gesetzgebers wie dem Wortlaute des Gesetzes entspricht. Erst nachdem eine bestimmte Auslegung des Gesetzes als die richtige festgestellt ist, läßt sich auch die Praxis von sicherer Grundlage aus nachprüfen und kritisieren.

Die Frage, an welche Voraussetzungen die Anfechtungsklage gegen polizeiliche Verfügungen in Preußen gebunden ist, und in welchem Umfang auf diese Klage hin die preußischen Verwaltungsgerichte eine polizeiliche Verfügung nachprüfen dürfen, läßt sich lediglich aus dem positiven preußischen Rechte, d. h. aus dem § 127 des Landesverwaltungsgesetzes, eventuell unter Heranziehung anderer, die polizeilichen Verfügungen und deren richterliche Überprüfung betreffenden Rechtsnormen beantworten. Aus allgemeinen Erwägungen über die Natur und die natürlichen Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist keine zwingende Antwort auf sie zu gewinnen. Selbst von der Auffassung aus, daß begrifflich sich die Funktion der Verwaltungsgerichte auf die Entscheidung von Rechts-

[4]) Archiv für öffentliches Recht Bd. 32 S. 593.

[5]) Vgl. a. a. O. bes. S. 164, 176 f., 215, 311.

Digitized by Google

fragen, die Übung der eigentlichen juris dictio, zu beschränken habe [6]), läßt sich nicht bestreiten, daß nach positivem Rechte ein Verwaltungsgericht auch berufen sein kann, eine nach freiem Ermessen ergangene Verfügung in vollem Umfange, auch soweit das freie Ermessen innerhalb der ihm gezogenen Grenzen geübt ist, nachzuprüfen und, wenn es die Ermessensübung nicht billigt, sein freies Ermessen an Stelle des Ermessens der angegriffenen Behörde zu setzen [7]).

Da der Wortlaut des § 127 Abs. 3:

„Die Klage (gegen polizeiliche Verfügungen) kann nur darauf gestützt werden,

1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze;
2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden."

zweifellos Unklarheiten enthält und verschiedene Auslegungen zuzulassen scheint, so ist es zunächst geboten, wie dies auch Bühler getan hat [8]), zu sehen, ob aus der Entstehungsgeschichte der Norm sich ermitteln läßt, welche Bedeutung der Gesetzgeber ihr beilegen wollte. Der heutige § 127 des Landesverwaltungsgesetzes tritt uns als gesetzliche Norm zum ersten Mal in etwas kürzerer Fassung in dem § 30 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 entgegen. Hier lautet der uns interessierende Passus:

„Die Klage kann darauf gestützt werden:

1. daß der Bescheid auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechtes beruhe,
2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden sind, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden."

Er ist in das Gesetz erst auf Grund der Beschlüsse der Kommission

---

[6]) Vgl. besonders v. Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 22 (1894) S. 381 ff.

[7]) Mayer a. a. O. S. 165, auch S. 136.

[8]) a. a. O. S. 291 ff., 314 ff.

Digitized by Google

des Abgeordnetenhauses hineingekommen [9]). Die Regierung hatte nach dem von ihr vorgelegten Entwurfe für die Anfechtung polizeilicher Verfügungen einfach die Bestimmungen der Kreisordnung beibehalten wollen, mit denen bekanntlich in Preußen erstmalig die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt wurde. Sie hatten gegen die mit Androhung von Zwangsmitteln unterstützten Polizeiverfügungen bestimmter Behörden ganz allgemein die Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegeben, infolge ihrer allgemeinen Fassung aber zahlreiche Ungewißheiten und Unklarheiten in Theorie und Praxis gezeitigt, insbesondere auch über die hier allein interessierende Frage, in welchem Umfange die angefochtene Verfügung der Überprüfung des Verwaltungsgerichts unterworfen sei. Man zweifelte trotz des allgemeinen Wortlauts des Gesetzes daran, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, „die Verwaltungsgerichte ganz und gar an die Stelle der Verwaltungsbehörden treten zu lassen" und ihnen auch „genau dieselben Erwägungen der Angemessenheit" der angefochtenen Verfügung zuzuweisen wie den vorgesetzten Verwaltungsinstanzen. Die vorerwähnte Kommission schloß sich der Auffassung an, daß „je notwendiger das freie Ermessen der Verwaltung ist, um so weniger ratsam es ist, dem Verwaltungsgerichte die Befugnis einzuräumen, daß es mit gleicher Freiheit die einmal getroffene Wahl wieder abändere", hielt auch wohl dafür, daß schon „die Natur des Streitverfahrens die Begrenzung in sich schließe, daß ihm nicht die Angemessenheit im weitesten Umfange des Begriffs unterworfen werde", und wollte von diesem Gesichtspunkte aus in dem zu erlassenden Zuständigkeitsgesetze die Begrenzung der Prüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte zum Ausdruck gebracht wissen [10]). Sie formulierte daher die beiden oben genannten Sätze und fügte besonders dem zweiten eine eingehendere Begründung bei. Daß als taugliches Fundament der Anfechtungsklage die Behauptung der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Verfügung anzuerkennen sei, stand außer Zweifel, und es lag auch nur nahe, für die Formulierung dieses Klagegrundes sich an die Formulierung anzulehnen, die der entsprechende Revisionsgrund im § 64 Nr. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom

[9]) Vgl. den Bericht dieser Kommission in den Anlagen zu den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten, 3. Session 12. Leg.-Per., 1876, Bd. 3 S. 1451 ff (Aktenstück Nr. 230).

[10]) Vgl. den in voriger Anm. genannten Bericht a. a. O. S. 1453.

Digitized by Google

3. Juli 1875 gefunden hatte. Man wollte darum aber die Prüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte gegenüber polizeilichen Verfügungen doch nicht in der Weise beschränkt wissen, wie es die des Revisionsgerichts war, das an die Tatbestandsfeststellung der früheren Instanz gebunden ist und nur die Rechtsanwendung auf diese nachzuprüfen hat. Man beachtete richtig, daß der Beurteilung des Revisionsgerichts stets eine richterliche Ermittelung und erkenntnismäßige Feststellung des Tatbestandes vorangeht, an der es fehlt, wenn die polizeiliche Verfügung vor das Verwaltungsgericht gezogen wird, und daß man daher dem Verwaltungsrichter die Untersuchung des streitigen Sachmaterials in solcher Ausdehnung einräumen müsse, als es für den Richter erforderlich ist, um zu einem zutreffenden Urteile zu gelangen. Nun hätte es dazu allerdings eigentlich keiner besonderen Ermächtigung des Verwaltungsrichters bedurft; denn logisch gehört zur Prüfung der Frage, ob das bestehende Recht auf einen bestimmten Fall richtig oder falsch angewendet ist, auch die Prüfung der tatsächlichen Beschaffenheit des Falles, und das zu jener berufene Gericht muß auch diese vornehmen können, sofern sie ihm nicht ausdrücklich entzogen ist. Allein man wollte doch von vornherein alle Unklarheiten über diesen Punkt ausschließen, und beschloß daher, das Recht des Verwaltungsrichters zur Prüfung des Tatbestandes ausdrücklich anzuerkennen. Das durfte aber wieder nur in einer Form geschehen, die nicht der Ansicht Raum gab, als wollte der Gesetzgeber der Sachprüfung des Verwaltungsrichters überhaupt keine Grenze ziehen; denn den Verwaltungsrichter zu einer sachlich ebenso unbeschränkten Nachprüfung der angegriffenen polizeilichen Verfügung ermächtigen, wie sie der höheren Verwaltungsbehörde zusteht, wollte die Kommission nicht. So kam man dazu, „als ausschließlichen Zweck" der verwaltungsrichterlichen Sachprüfung im Gesetze den zu bezeichnen, „ob die tatsächlichen Verhältnisse die Polizei zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben" [11]).

In den Kammern hat eine Debatte über die Fundamente der Anfechtungsklage nicht stattgefunden. Sie haben die Vorschläge der Abgeordnetenhaus-Kommission einfach angenommen und sich damit auch deren Motive zu eigen gemacht. Will man also ergründen, welchen Sinn der Gesetzgeber selbst den in Rede stehenden Bestim-

[11]) Vgl. den in Anm. 9 genannten Bericht a. a. O. S. 1457.

Digitized by Google

mungen unterlegen wollte, so kann dieser nur den Kommissionsmotiven entnommen werden. Aus ihnen aber ergibt sich klar, daß in der Ziff. 2 nicht ein weiterer, selbständig neben dem in Ziff. 1 genannten stehender Anfechtungsgrund gegeben, sondern nur ausdrücklich konstatiert werden sollte, daß das Verwaltungsgericht nicht nur die Rechtsfrage, sondern auch die Tatfrage überprüfen darf [12]).

Hat der Gesetzgeber nun aber nicht vielleicht später seine Absicht geändert, indem er bei der Übernahme des § 30 des Zuständigkeitsgesetzes von 1876 in den § 63 des Organisationsgesetzes vom 26. Juli 1880 die Ziff. 2 unverändert ließ, der Ziff. 1 dagegen die erweiterte Fassung gab, die sie dann beibehalten hat bei der weiteren Übernahme des § 63 des Organisationsgesetzes in den § 127 des Landesverwaltungsgesetzes? Hat er nicht die Begründung der Klage auf Ziff. 1 weiter eingeschränkt, indem er sie nur zulassen will, wenn behauptet wird, daß der angefochtene Bescheid „den Kläger in seinen Rechten verletze", während er für eine Begründung der Klage auf Ziff. 2 eine solche Behauptung nicht fordert? Auch hier ist auf die Motive zum Gesetzentwurfe zurückzugehen. In ihnen ist zu der in Aussicht genommenen Abänderung des § 30 des Zuständigkeitsgesetzes bemerkt [13]): „Die Klageformel § 30 Nr. 1 und 2 des Zuständigkeitsgesetzes ist etwas abgeändert worden, und zwar durch die Aufnahme des Erfordernisses, daß Kläger durch den angefochtenen Bescheid in seinen Rechten verletzt sei. Es soll damit der Klage der individuelle Charakter beigelegt und die Zulässigkeit einer sog. Popularklage ausgeschlossen werden (§ 62 Nr. 1)." Danach wollte der Gesetzgeber offenbar durch den Zusatz „in seinen Rechten verletzt" jede „Popularklage" gegen polizeiliche Verfügungen ausschließen, mochte sie nun im einzelnen auf Ziff. 1 oder Ziff. 2 begründet werden; nur infolge unachtsamer Redaktion, durch Einfügen des Passus „in seinen Rechten verletzt" in Ziff. 1, ist die Absicht des Gesetzgebers dann nicht richtig zum Ausdrucke gekommen. Zu beachten ist für die richtige Bewertung der Aufnahme des in Rede stehenden Passus in Ziff. 1 sodann aber noch,

---

[12]) Ebenso W. Jellinek a. a. O. S. 118 Anm. 28; vgl. auch von Stengel, Die Organisation der preußischen Verwaltung, Leipzig 1884, S. 473.

[13]) Anlagen zu den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten 1. Sess. 14. Leg.-Per., 1879/80, Bd. 2 S. 989 (Aktenstück Nr. 62).

Digitized by Google

daß der Gesetzgeber mit ihr, wie dies auch das Oberverwaltungsgericht unter Hinweis auf seine ältere Praxis in einem Urteile vom 17. Dezember 1881 [14]) bezeugt hat, nicht hat neues Recht schaffen, sondern nur geltendes klarstellen und ausdrücklich anerkennen wollen. Man kann also unbedenklich annehmen, daß eingehende Erwägungen über die Aufnahme des genannten Passus und seine richtigste Einstellung in den Zusammenhang der Ziffern 1 und 2 im Schoße der Regierung bei Aufstellung des Entwurfes des nachmaligen Organisationsgesetzes nicht stattgefunden haben, und daher sichere Schlüsse aus derselben überhaupt nicht ziehen.

Stellt man sich nun aber auf den Standpunkt, daß die Auslegung eines Gesetzes als einer formalen Willenserklärung lediglich nach seinem Wortlaut, ohne Heranziehung seiner Motivierung und seiner Genesis, stattzufinden hat, so kommt man auch von ihm aus nicht zu dem besonders von Mayer verfochtenen Ergebnisse, daß die „Ziff. 2 gegenüber der Ziff. 1 einen ganz selbständigen Rechtsgedanken enthält", „daß mit ihr ein Mehr gewollt war über die Rechtsanwendungsfrage hinaus" [15]). In Ziff. 1 ist doch zweifellos der Satz anerkannt, daß die Anfechtungsklage nur gegeben sein soll bei Vorliegen einer Rechtsverletzung, d. h. zunächst Verletzung einer objektiven Norm, daß diese allein aber nicht genügen soll, vielmehr weiter erforderlich ist, daß die Verletzung der objektiven Norm gleichzeitig eine Verletzung des Klägers „in seinen Rechten" enthält. Die Klage ist also abzuweisen, wenn der Kläger nicht „in seinen Rechten" verletzt ist, mag das Gericht auch aus anderen Gründen

---

[14]) Entscheidungen Bd. 9 S. 400. In dem aus der älteren Praxis hier (S. 401) angezogenen, unter der Herrschaft des Zuständigkeitsgesetzes von 1876 ergangenen Urteil vom 30. September 1877 weist das Oberverwaltungsgericht jede nicht individualisierte Klage gegen polizeiliche Anordnungen ab, indem es ausführt: „Zunächst ist das Verwaltungsstreitverfahren überhaupt seiner ganzen Anlage und Aufgabe nach — wie jedes andere gerichtliche Streitverfahren — darauf beschränkt und nur dazu bestimmt, dem Schutze solcher Interessen zu dienen, deren Verletzung zugleich eine Verletzung subjektiver Rechte in sich schließt. Diese Beschränkung ergiebt sich schon aus dem Begriffe der „Gerichtsbarkeit in streitigen Verwaltungssachen" (§ 1 des Gesetzes vom 3. Juli 1875, GS. S. 375), wie solcher auch in den Worten einen entsprechenden Ausdruck findet. Demnach fragt sich vor allem, ob dem Kläger ein solches subjektives Recht zur Seite steht, und diese Frage muß verneint werden."

[15]) a. a. O., 1. Aufl., S. 192 Anm. 27, 2. Aufl., S. 165 Anm. 22.

Digitized by Google

die polizeiliche Verfügung für rechtswidrig halten[16]). Was der Gesetzgeber unter einer Verletzung des Klägers „in seinen Rechten" verstanden wissen will, ist bestritten. Soll die Anfechtungsklage nur gegeben sein, wenn der Kläger in einem seiner wirklichen subjektiven Rechte verletzt ist, oder richtiger: behauptet[17]), in solchem verletzt zu sein — oder ist sie in weiterem Umfange gegeben, und wo findet sie letzterenfalls ihre Grenze? Der Wortlaut der Klausel spricht für die letzte Alternative. Verletzt „in seinen Rechten" ist offenbar nicht nur derjenige, der in einem jener bestimmten einzelnen Rechte verletzt ist, die nach der Begriffsbestimmung der modernen Theorie[18]) spezifisch als subjektive öffentliche Rechte anzusehen sind, sondern schon jeder, in dessen allgemeinen Rechtskreis rechtswidrig eingegriffen ist[19]), so daß also die oft schwer zu ent-

---

[16]) Loening, Verwaltungsarchiv Bd. 7 S. 68; Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz (Kommentar), Berlin 1910, S. 300 Anm. 43.

[17]) Vgl. Loening a. a. O. S. 68, 69 Anm. 11; auch Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 9. Februar 1878 (Entscheidungen Bd. 3 S. 222).

[18]) Ich halte, wie ich es näher in meinem Verwaltungsrecht in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, 7. Aufl., Bd. 4 S. 276 ausgeführt habe, ein subjektives öffentliches Recht nur da für gegeben, wo dem Gewaltunterworfenen im individuellen Interesse eine bestimmt abgegrenzte rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt gegeben ist, vermöge deren er ein bestimmtes Verhalten dieser ihm gegenüber (ein Tun oder ein Gewährenlassen) verlangen kann. Ganz ähnlich auch Bühler a. a. O. S. 224 und Dyroff, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 5. Aufl., Ansbach 1917, S. 260.

[19]) Oder, was dasselbe ist: jeder, dessen „rechtlich geschützte Interessen", wie eine vielfach gebrauchte Formel lautet, durch die polizeiliche Verfügung berührt sind. Der Kreis der rechtlich geschützten Interessen eines Individuums macht seine Rechtssphäre aus, wie denn auch das Oberverwaltungsgericht den Gegensatz zu den rechtlich nicht geschützten Interessen jemandes in seiner Rechtssphäre findet (z. B. Urteil vom 2. Juli 1877, Entscheidungen Bd. 2 S. 330); vgl. auch Apelt, Das Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Leipzig 1911, S. 230. Er reicht also weiter als der Kreis der besonderen subjektiven Rechte des Individuums. Er umfaßt auch diejenigen Interessen des Individuums, welche von der Rechtsordnung nicht durch Formulierung besonderer, dem Individuum beigelegter Rechte, sondern nur indirekt dadurch anerkannt sind, daß den staatlichen Organen gesetzlich ein Handeln zur Pflicht gemacht ist, das diese Interessen respektiert — Interessen, deren Realisierung durch die Staatsorgane, also nicht als Erfüllung eines dem Individuum gegen sie zustehenden Anspruchs, sondern nur als eine Reflexwirkung der ihnen gewordenen gesetzlichen Anweisung erscheint. Vgl. auch Dyroff a. a. O. S. 261, 262, Bühler a. a. O. S. 229 f.

Digitized by Google

scheidende Frage, ob die vom Kläger behauptete Verletzung die Verletzung eines subjektiven Rechtes im technischen Sinne enthält, im konkreten Falle gar nicht aufgeworfen zu werden braucht[20]). Den Gegensatz zur Verletzung jemandes „in seinen Rechten" in dem von uns verstandenen Sinne bildet die Berührung vom Rechte überhaupt nicht besonders anerkannter subjektiver Interessen jemandes durch eine polizeiliche Verfügung. Diese gewährt also kein Klagerecht. Für unsere Auffassung der Klausel „in seinen Rechten verletzt" spricht aber weiter auch die bereits oben S. 90 erwähnte kurze Motivierung derselben im Entwurfe des Organisationsgesetzes. Nach ihr wollte der Gesetzgeber mit der Klausel nur klarstellen, daß die Anfechtungsklage nicht als Popularklage offengestellt sei, daß sie also nicht von jedem erhoben werden könne, der sich aus irgendwelchem Grunde für die anzugreifende polizeiliche Verfügung interessiere, und nicht auch schon von jedem, der ein Interesse an ihr hat, weil ihr Bestehen oder Nichtbestehen auch auf ihn günstig oder ungünstig zurückwirkt, daß sie vielmehr stets nur einem oder einzelnen nach rechtlichen Momenten bestimmten Individuen zustehe. Wenn dieser Absicht nun positiv dahin Ausdruck gegeben ist, daß die Klage nur dem zustehen soll, der durch die Verfügung „in seinen Rechten verletzt" ist, so kann das nur bedeuten, daß die Verfügung irgendwie gerade in den vom Rechte anerkannten Lebenskreis des klagenden Individuums eingreifen muß; nicht aber, daß Verletzung gerade eines der bestimmten Rechte des Klägers vorliegt, die als subjektive im technischen Sinne angesehen werden, daß der Gesetzgeber die Legitimation zur Klage an den namentlich für das öffentliche Recht heiß umstrittenen Begriff des subjektiven Rechtes hat knüpfen wollen. Insbesondere muß also als „in seinen Rechten verletzt" und klageberechtigt auch jeder gelten, der lediglich an der Ausübung eines sog. Reflexrechts, z. B. an der Benutzung der öffentlichen Straße im Rahmen des Gemeingebrauchs oder an der Betätigung der persönlichen Bewegungs- und Handlungsfreiheit, die durch die sog. Grund- oder Freiheits-

[20]) Erst recht braucht natürlich nicht untersucht zu werden, ob ein „wohlerworbenes" Recht des Klägers verletzt ist. Der vielumstrittene Begriff der wohlerworbenen Rechte wie auch die Frage, inwieweit diese mit den subjektiven Rechten sich decken (vgl. Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1899, S. 288 ff., Bühler a. a. O. S. 232 ff.) interessieren daher hier nicht weiter

Digitized by Google

rechte gewährleistet ist, durch eine polizeiliche Verfügung rechtswidrig gehindert wird[21]).

Auch das Oberverwaltungsgericht legt der Klausel „in seinen Rechten verletzt", wenn man die Gesamtheit seiner Entscheidungen übersieht, zweifellos die von uns für richtig gehaltene, umfassende Bedeutung bei. Den Entscheidungen, welche eine Verletzung des Klägers „in seinen Rechten" schon da gegeben finden, wo irgendwie rechtswidrig in die „Rechtssphäre" oder das „Rechtsgebiet" des Klägers eingegriffen ist[22]), stehen allerdings Entscheidungen gegenüber, die eine Verletzung „subjektiver Rechte" als Klagevoraussetzung verlangen[23]). Sieht man aber näher zu, was das Oberverwaltungsgericht hier unter „subjektiven Rechten" versteht, so ergibt sich, daß es nicht den Begriff des subjektiven Rechtes im eigentlichen prägnanten Sinne im Auge hat. Das Recht des Eigentümers, z. B. über sein Eigentum frei zu verfügen, insbesondere auch die zunächst unbeschränkte Befugnis, sein Grundstück zu bebauen, spricht das Oberverwaltungsgericht als subjektives Recht an und läßt den, der in der Ausübung dieser Befugnisse durch polizeiliche Vorschriften behindert wird, „kraft subjektiven Rechtes" im Verwaltungsstreitverfahren klagbar werden[24]). Subjektives Recht ist danach also schon jede Befugnis, die sich für den einzelnen aus einer objektiven Norm herleiten läßt, und eine Verletzung subjektiver Rechte liegt nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts vor, sobald irgendwie in die durch das objektive Recht geschützte Sphäre des Individuums rechtswidrig eingegriffen wird. Demgemäß findet das Oberverwaltungsgericht denn auch den Gegensatz zum Eingriff in subjektive Rechte des Klägers nicht in einem Eingriff in etwaige andere „Rechte" desselben, sondern in der Verletzung der (rechtlich

---

[21]) Ebenso Jebens a. a. O. S. 288; vgl. auch Friedrichs a. a. O. S. 300 Anm. 43.

[22]) Vgl. z. B. Urteil vom 9. Mai 1876 (Entscheidungen Bd. 1 S. 330), vom 20. Februar 1878 (das. Bd. 3 S. 189), vom 11. Januar 1879 (das. Bd. 5 S. 412), vom 28. Oktober 1880 (das. Bd. 7 S. 313).

[23]) Vgl. z. B. Urteil vom 30. April 1877 (Entscheidungen Bd. 2 S. 353/54), vom 26. Januar 1878 (das. Bd. 3 S. 215), vom 5. Juni 1878 (das. Bd. 4 S. 233), vom 5. Juni 1879 (das. Bd. 5 S. 266), vom 17. Dezember 1881 (das. Bd. 9 S. 401), vom 11. Februar 1887 (das. Bd. 14 S. 381 und 382), wo als Voraussetzung für die Anfechtungsklage einmal ganz allgemein Eingriff in die Rechtssphäre, einmal Verletzung eines subjektiven Rechtes gefordert wird.

[24]) Urteil vom 30. April 1877 (Entscheidungen Bd. 2 S. 354).

Digitized by Google

nicht geschützten) Interessen des Klägers[25]), die es in anderen Entscheidungen dem Eingriff in die Rechtssphäre oder das Rechtsgebiet gegenüberstellt[26]). Sowohl Verletzungen des Klägers in seinen wahren subjektiven Rechten wie Eingriffe in seine übrige Rechtssphäre sind also auch nach der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts Verletzungen des Klägers „in seinen Rechten", und den Gegensatz zu diesen bilden lediglich die Verletzungen des Klägers in seinen vom Rechte überhaupt nicht geschützten Interessen[27]).

Endlich mag auch noch darauf hingewiesen werden, wie die Worte „in seinen Rechten verletzt" in unserer Gesetzesstelle auch von dem badischen Gesetzgeber, der die Bestimmung bekanntlich wörtlich übernommen hat, durchaus in dem Sinne verstanden sind, den wir ihnen beilegen wollen. In dem Berichte der Kommission der zweiten badischen Kammer über den Entwurf des späteren Verwaltungsrechtspflegegesetzes von 1884 ist, nachdem bemerkt ist, wie die Worte „in seinen Rechten verletzt" eine Klage, in der lediglich Interessenverletzung behauptet wird, ausschließen, ohne daß dem später von einer Seite widersprochen ist, ausgeführt: „jedoch ist der Ausdruck „in seinen Rechten verletzt" von sehr allgemeiner Bedeutung und umfaßt den ganzen subjektiven Rechtskreis der Staatsangehörigen; so daß schon jede Hinderung in dem gesetzlich bestehenden Rechte der freien Bewegung, der Niederlassung usw. hierher zu rechnen ist"[28]).

Wie ist nun aber die Ziff. 2 ihrem Wortlaute nach zu verstehen? Auch nach ihr ist die Anfechtungsklage vor allem nur bei Vorliegen einer Rechtsverletzung gegeben. Denn ist sie nach ihr nur gegeben, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung „berechtigt" haben würden, nicht vorhanden waren, so setzt sie eben voraus, daß die Polizeibehörde mit dem Erlasse der Verfügung „unberechtigt", d. h. rechtswidrig gehandelt hat. Weiter begründet kann die Klage, welche sich auf die Behauptung stützt, daß die tatsächlichen Voraus-

[25]) Vgl. z. B. Urteil vom 17. Dezember 1881 (Entscheidungen Bd. 9 S. 401).

[26]) So z. B. Urteil vom 9. Mai 1876 (Entscheidungen Bd. 1 S. 330).

[27]) So auch Urteil vom 18. Juni 1914 (Entscheidungen Bd. 67 S. 323).

[28]) Verhandlungen der Stände-Versammlung des Großherzogtums Baden 1883/84, Beilage Heft 4 S. 670, 672. Vgl. auch über die dem entsprechende Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs Bühler a. a. O. S. 475 ff.

Digitized by Google

setzungen, welche die Polizeibehörde „berechtigt haben würden", nicht gegeben sind, nur in zwei Arten werden, entweder a) mit der Behauptung, daß die Polizeibehörde für die Entscheidung wesentliche Tatsachen als gegeben angenommen hat, die in Wirklichkeit nicht gegeben waren, oder b) mit der Behauptung, daß die Polizeibehörde von einem wirklich gegebenen Sachverhalt ausgegangen ist, auf Grund dieses aber eine Verfügung erlassen hat, zu der die Rechtsordnung sie nicht ermächtigt. Die Begründung in der zu b bezeichneten Weise deckt sich mit der gewöhnlichen Begründung der auf Ziff. 1 gestützten Anfechtungsklage. Nur die Begründung in der zu a bezeichneten Weise scheint eine der Stützung der Klage auf Ziff. 2 originelle zu sein. Allein auch dem ist nicht so, wenn man näher zusieht; denn das bestehende Recht ist in einem konkreten Falle zweifellos nicht richtig angewendet, wenn der angewandte Rechtssatz an einen Tatbestand anknüpft, der in concreto nicht gegeben war. Auch in der zu a bezeichneten Weise läßt sich also eine auf Ziff. 1 gestützte Anfechtungsklage begründen, und auch die lediglich den Wortlaut in Betracht ziehende Auslegung führt zu deren Ergebnis, daß durch Ziff. 2 das in Ziff. 1 anerkannte Klagefundament eigentlich nicht erweitert werde. Eins ist nun allerdings bis jetzt noch unbeachtet geblieben, daß die Ziff. 2 das Verletztsein des Klägers in seinen Rechten nicht ausdrücklich als Klagevoraussetzung nennt. Und das scheint zu dem Schlusse zu berechtigen, daß auf Grund der Ziff. 2 schon geklagt werden kann, wenn nur eine objektive Rechtsverletzung vorliegt, ohne Rücksicht darauf, ob diese auch einen Eingriff in die subjektive Rechtssphäre des Klägers darstellt oder nicht. Allein, beachtet man das im Vorangehenden soeben Ausgeführte, so erheben sich gegen die Richtigkeit dieses Schlusses doch erhebliche Bedenken; die beiden Begründungen, welche einer auf Ziff. 2 gestützten Klage gegeben werden können, können auch zur Begründung einer auf Ziff. 1 gestützten Klage dienen. Soll nun derjenige, der seine Klageformel auf Ziff. 1 stützt, verpflichtet sein, noch zu beweisen, daß die angegriffene Verfügung ihn auch in seinen Rechten verletzt habe, der dagegen, der seine Klage mit im übrigen gleicher Begründung auf Ziff. 2 stützt, dieses nicht nachzuweisen brauchen? Das kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein; die Schranken, welche er der Anfechtungsklage in Ziff. 1 durch die Klausel „in seinen Rechten verletzt" gezogen hat, hätte er in Ziff. 2 durch Weglassung dieser Klausel wieder

Digitized by Google

beseitigt. Auch wenn man lediglich aus dem vorliegenden Wortlaut interpretiert, kommt man zu dem Ergebnisse, daß die Klausel „in seinen Rechten verletzt" notwendig auch zu Ziff. 2 gehört, wenn anders sie nicht in der Praxis jederzeit soll illusorisch gemacht werden können. Auch wenn man die Entstehungsgeschichte, insbesondere die Erwägungen des Gesetzgebers bei Formulierung der Ziff. 2 unbeachtet läßt, kommt man zu dem Ergebnisse, daß Ziff. 2 kein neues und erweitertes Klagefundament gegenüber Ziff. 1 schafft, sondern nur die Bedeutung haben kann, außer Zweifel setzen zu wollen, daß auch eine Überprüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der polizeilichen Verfügung mit der Anfechtungsklage verlangt werden kann. Und zwar ergibt sich dies unmittelbar aus dem Wortlaute des Gesetzestexts; man braucht nicht die Geltung eines „natürlichen" Rechtsgrundsatzes anzunehmen, kraft dessen die Verwaltungsgerichte nur Rechts-, nicht Ermessensfragen überprüfen können, und dann zu folgern, daß dieser Grundsatz stets gelten muß, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil normiert ist, also auch im Falle der Ziff. 2[29]).

Diese Auffassung der Ziff. 2 wird nun aber, wie bereits S. 91 erwähnt, von mehreren Seiten abgelehnt, indem behauptet wird, daß sie das Gericht ermächtigt, nicht nur die Rechtsanwendung sondern auch die Ausübung des Ermessens nachzuprüfen. Dem widerspricht jedoch zunächst der Wortlaut des Gesetzes. Nach ihm ist das Gericht nur ermächtigt zu prüfen, ob die Polizei zum Erlasse der Verfügung „berechtigt" war, d. h. ob sie mit der Verfügung eine ihr Handeln bestimmende Norm verletzt hat. Eine unrichtige oder unzweckmäßige Ausübung des Ermessens aber kann, soweit die Behörde überhaupt zum Handeln nach Ermessen befugt war, nie die Verletzung einer objektiven Norm enthalten, indem Handeln nach Ermessen eben den Gegensatz zu rechtlich gebundenem Handeln darstellt. Wenn Bühler, der ohne weitere Einschränkung dem Verwaltungsgerichte die Überprüfung von Ermessenshandlungen auf Grund der Ziff. 2 einräumen will, meint „zur Not" ließen sich immerhin auch Entscheidungen, die nach Ermessen zu treffen waren und getroffen sind, bisweilen als „unberechtigt" qualifizieren[30]), so beweisen die von ihm für diese Behauptung

[29]) So v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig 1910, S. 108.

[30]) a. a. O. S. 311 f.

Digitized by Google

angeführten Beispiele die Richtigkeit derselben jedenfalls nicht, indem es sich bei ihnen um Ermessensentscheidungen handelt, die eine Rechtsnorm verletzen, nicht um solche, die sich in dem dem Ermessen vom objektiven Rechte freigestellten Raume halten. Denn wenn eine Polizeibehörde, die nach freiem Ermessen über die Gewährung einer polizeilichen Erlaubnis zu befinden hat, diese verweigert, weil sie fälschlich annimmt, daß der Gesuchsteller bestimmte Vorstrafen habe, so übt sie nicht ihr freies Ermessen unrichtig aus, sondern sie faßt Entschließungen auf Grund eines unrichtigen Tatbestandes und verletzt damit den Betroffenen in seinen Rechten; vgl. unten S. 135. Und wenn die Polizeibehörde bei einer Sachlage, bei der sie sonst eine Erlaubnis erteilt hat, diese versagt, so steht auch hier nicht einfach eine nicht zu billigende Ermessensübung, sondern eine Rechtsverletzung in Frage, die Außerachtlassung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung; vgl. unten S. 143 f.

Schwieriger als der Argumentation Bühlers ist der Mayers zu begegnen, welcher behauptet, daß zwar nicht das ganze, aber doch „ein Stück freies Ermessen" durch Ziff. 2 der Nachprüfung unterstellt sei; denn auf eine eingehendere, für den Gegner faßbare Begründung dieser Behauptung aus dem Gesetze läßt sich Mayer nicht ein. In der 1. Auflage seines Verwaltungsrechts meint er, es sei „offenbar", daß Ziff. 2 gegenüber Ziff. 1 des § 127 einen ganz selbständigen Rechtsgedanken enthalte (S. 192 Anm. 27), den er eben darin findet, daß der Nachprüfung des Verwaltungsgerichts hier auch ein Teil des Ermessens unterstellt wird; in der 2. Auflage aber beruft er sich für seine Ansicht einfach auf den Wortlaut der Ziff. 2 und die gesetzgeberischen Erwägungen, aus denen diese hervorging (S. 165), ohne näher zu zeigen, wie Wortlaut und Motive seine Ansicht rechtfertigen sollen; unserer Auffassung nach führen sie, wie oben dargelegt, zu einem durchaus anderen Ergebnisse. Eingehender beschäftigt sich Mayer nur mit der — die Richtigkeit seiner oben bezeichneten Ansicht voraussetzenden — Frage, welches Stück des freien Ermessens der gerichtlichen Nachprüfung unterstellt ist. Er hält dafür, daß auch hier das Verwaltungsgericht nur „Rechtskontrolle" auszuüben hat, was er näher dahin präzisiert, daß es nicht selbst mit freiem Ermessen an Stelle der Behörde, deren Verfügung angegriffen ist, zu entscheiden, sondern nur die nach freiem Ermessen getroffene Ent-

Digitized by Google

scheidung dieser Behörde durch Anlegung eines allgemeinen Maßstabes nachzuprüfen hat. Und diesen Maßstab findet er in dem Handeln eines ordentlichen Verwaltungsbeamten (besonders 2. Aufl. S. 165, 166). Das Verwaltungsgericht soll also prüfen, ob durch den in concreto gegebenen Tatbestand ein ordentlicher Verwaltungsbeamter „möglicherweise zu einer derartigen Verfügung veranlaßt werden konnte", nicht aber weiter untersuchen dürfen „die Wahl der Mittel" oder, was dasselbe sagen will, ob die Verfügung „auch erforderlich, gut und zweckmäßig war". „Das sei „eben die Seite des freien Ermessens, die nicht nachgeprüft" werde (1. Aufl. S. 193, 2. Aufl. S. 167). Diesen Ausführungen Mayers gegenüber ist zunächst mit Recht bereits darauf hingewiesen, wie das Gesetz gar keinen Anhalt dafür bietet, daß der Verwaltungsrichter das Handeln der Polizeibeamten unter dem Gesichtspunkte der Erfüllung der Dienstpflicht nachprüfen darf[31]). Nach dem Wortlaute der Ziff. 2 hat das Verwaltungsgericht nur zu prüfen, ob der gegebene Tatbestand die Polizeibehörde zum Erlasse der angegriffenen Verfügung berechtigte. Die Verfügung kommt für das Verwaltungsgericht also lediglich als eine Tat der Polizeibehörde, d. h. der öffentlichen Stelle[32]) in Betracht, die zur Handhabung der Polizeigewalt berufen ist. Daß die Verfügung tatsächlich von einem Individuum, dem zur Entwickelung der behördlichen Tätigkeit berufenen Beamten, erlassen ist, dessen Handeln nicht nur unter der das Handeln der Behörde normierenden Rechtsordnung, sondern auch noch unter der Dienstordnung steht, hat das Verwaltungsgericht nicht weiter zu beachten. Es hat also auch nicht zu prüfen, ob der Polizeibeamte bei Erlaß der Verfügung wie ein ordentlicher Polizeibeamter gehandelt hat, d. h. wie sein Handeln unter dem Gesichtspunkte der Erfüllung der Dienstpflicht zu beurteilen ist[33]). In einem notwendigen inneren

[31]) Vgl. besonders Tezner, Theorien der Verwaltungsrechtspflege, im Verwaltungsarchive Bd. 59 S. 556 ff., besonders Anm. 93; derselbe, Freies Ermessen S. 32, auch in Günhuts Zeitschrift Bd. 19 (1892) S. 350 ff.

[32]) Vgl. Schoen in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, 7. Aufl., Bd. 4 S. 216; auch Mayer, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 80.

[33]) Auf die zahlreichen praktischen und theoretischen Bedenken, welche sich überhaupt einer gerichtlichen Prüfung unter dem Gesichtspunkt, ob das Verhalten eines ordentlichen Verwaltungsbeamten beobachtet wurde, entgegenstellen (vgl. v. Laun a. a. O. S. 109, 152 f.), braucht bei Ablehnung dieser Prüfung hier nicht weiter eingegangen zu werden.

Digitized by Google

Zusammenhange steht aber die Verletzung der das Handeln der Behörde bestimmenden Rechtsordnung mit der Verletzung der Dienstordnung durch den Beamten nicht. Einmal kann das Vorgehen eines Polizeibeamten, auch wenn es nicht mehr als Handeln eines ordentlichen Verwaltungsbeamten angesehen werden kann, doch in dem Sinne „berechtigt" sein, daß es die Normen nicht verletzt, welche das Handeln der Polizeibehörde gegenüber dem Publikum bestimmen [34]). Und andererseits sind Fälle denkbar, in denen die Frage: konnten bestimmte Tatumstände „möglicherweise" einen ordentlichen Verwaltungsbeamten zu einem bestimmten Handeln veranlassen? auch zu bejahen sein wird, wenn sich bei richterlicher Nachprüfung herausstellt, daß dieses Handeln eine objektive Norm verletzt hat. Man kann einem Verwaltungsbeamten, der oft gezwungen ist, sich rasch zu entschließen und einzugreifen, nicht schon deshalb unbedingt das Prädikat eines „ordentlichen" versagen, weil er sich in concreto nicht alle möglichen Fernwirkungen einer Verfügung überlegt und die Verletzung unklarer und unsicherer Rechtsnormen nicht richtig vermieden hat, weil er nicht entscheidende Umstände als entscheidend betrachtet und entscheidende übersehen hat. Also auch irgend welche sicheren Rückschlüsse lassen sich aus der Verletzung der Dienstordnung auf die Verletzung der Rechtsordnung nicht ziehen.

Demgemäß ist denn auch das preußische Oberverwaltungsgericht durchaus nicht nach der Theorie Mayers verfahren, wenigstens nicht, soweit nach derselben eine Beurteilung nach dem Maßstabe des Verhaltens eines ordentlichen Verwaltungsbeamten Platz zu greifen hat. In den zahlreichen hierher gehörigen Entscheidungen, die es publiziert hat, hat es, soweit ich sehe, nirgend ausdrücklich die Frage aufgeworfen, ob die angegriffene polizeiliche Verfügung nach den gegebenen tatsächlichen Voraussetzungen von einem ordentlichen Verwaltungsbeamten erlassen werden konnte, oder auch nur tatsächlich unter diesem Gesichtspunkte nach freiem Ermessen getroffene Entscheidungen eines Polizeibeamten nachgeprüft. Denn wenn Mayer als Beispiele für solche Nachprüfung der Anwendung des freien Ermessens unter Anlegung des Maßstabes des Verhaltens des ordentlichen Verwaltungsbeamten die Entscheidungen anführt, in denen geprüft wird, ob „Willkür" oder „Mangel an

[34]) Vgl. auch W. Jellinek, Gesetz usw. S. 340.

Digitized by Google

objektiven polizeilichen Motiven" vorliegt (2. Aufl. S. 166), so können diese Beispiele als zutreffende nicht angesehen werden, indem ein Verfahren nach Willkür oder eine polizeiliche Maßnahme, die nicht von polizeilichen Motiven getragen ist, unserer Ansicht nach nicht „fehlerhafte Anwendung des freien Ermessens", sondern Verletzung zwingender objektiver Normen darstellt, es sich also um die reine „Rechtsanwendungsfrage" handelt[35]). Eine weitere Begründung dieser Ansicht wird unten im Zusammenhange mit der Untersuchung darüber gegeben werden, wie das Oberverwaltungsgericht selbst die Prüfung der Fragen, ob der Behörde Willkür oder Handeln ohne polizeiliches Motiv zur Last gelegt werden kann, auffaßt. Bevor aber auf die Praxis des Oberverwaltungsgerichts eingegangen werden kann, muß die bislang offen gelassene Frage beantwortet werden, was in den hier in Betracht kommenden Beziehungen unter freiem Ermessen zu verstehen ist, und wann vom Handeln nach freiem Ermessen im Gegensatze zum Handeln nach Rechtsgrundsätzen zu sprechen ist.

II. Der Begriff des freien Ermessens bei Bestimmung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

Der Begriff des freien Ermessens ist einer der umstrittensten in der modernen Literatur des Verwaltungsrechts, und fast jeder Schriftsteller, der sich mit seiner Bestimmung abgegeben hat, hat geglaubt, ihn anders formulieren zu müssen. Hier soll von vornherein davon abgesehen werden, das ganze Problem, das er bezeichnet, aufzurollen und zu verfolgen, dieses vielmehr nur insoweit behandelt werden, als es für die Zuständigkeit und Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte ein Interesse hat. Die Frage, was der Ausdruck „freies Ermessen" in diesem Zusammenhange bedeutet, ist in erster Linie aus einer Vergleichung der positiven Rechtsvorschriften zu beantworten, die ihn in diesem Zusammenhange gebrauchen. Die Frage, ob sich eine allgemeine Formel finden läßt, durch die der Begriff des freien Ermessens für alle Rechtsgebiete und alle Rechtsdisziplinen bestimmt wird, braucht nicht weiter verfolgt zu werden. Jedenfalls könnte auch sie vom Standpunkte des positiven Rechtes aus nur im Wege der Rechtsvergleichung gelöst werden; es wäre festzustellen, was in den Gesetzen verschiedener

[35]) Vgl. auch v. Laun a. a. O. S. 109, 110.

Digitized by Google

Rechtsgebiete und in der Rechtssprache verschiedener Länder unter freiem Ermessen verstanden wird, und dann zu sehen, ob aus diesen Feststellungen sich ein allgemeiner Begriff abziehen läßt[36]). Von

---

[36]) In der Literatur ist dieser Weg gerade von den Schriftstellern, die sich ex professo mit dem Ermessungsprobleme befaßt haben, nicht eingeschlagen, sie haben vielmehr alle mehr oder weniger versucht, mittelst abstrakt logischer Konstruktion eine Begriffsbestimmung zu gewinnen. So auch zuletzt wieder v. Laun, W. Jellinek und Bühler. v. Laun will das Problem des freien Ermessens ganz allgemein „aus der Natur der Sache" lösen, aus der er „natürliche Rechtssätze" herleitet, „welche, soweit nicht eine positive Rechtsvorschrift Abweichendes verfügt, überall gelten" sollen (Freies Ermessen S. 93, 108, 175, 257, 261 und an vielen anderen Stellen; Zum Probleme des freien Ermessens, in der Festschrift für Zitelmann, München, 1913, S. 8, 22 ff.) — eine Methode, die, so viel Wertvolles und Interessantes v. Laun auch mit ihr aufgedeckt hat, kein dem positiven Rechte nachgehender Jurist akzeptieren wird, denn, wollte man auch v. Laun zugeben, daß sich „ohne Rücksicht auf die Verschiedenheiten der nationalen Rechtsordnungen" lediglich „aus der Natur der Sache" gewisse Sätze über Begriff und Wesen des freien Ermessens ableiten lassen, auf die man rekurrieren kann, wenn sich nicht weiter nachweisen läßt, welchen Sinn ein Gesetzgeber mit dem Ausdrucke „freies Ermessen" an bestimmter Stelle verbunden hat, so kann ihm doch weiter in der Annahme, daß Gesetze, welche mit dem Begriffe des freien Ermessens operieren, ohne ihn näher zu bestimmen, sich auf diese „natürlichen Rechtssätze" berufen und ihren Sinn ändern müssen, wenn die Anschauungen der Wissenschaft über die natürlichen Rechtssätze, welche das freie Ermessen beherrschen, sich ändern (Freies Ermessen S. 93, 261) — nicht gefolgt werden. Der positive Jurist hat vielmehr in jedem Falle, in dem ein Gesetz den Ausdruck „freies Ermessen" gebraucht, zu versuchen, aus dem Zusammenhang und der Entstehung der Gesetzesstelle zu ermitteln, in welchem Sinne der Gesetzgeber den Ausdruck gebrauchen wollte, und läßt sich so ein bestimmter Sinn des Ausdrucks „freies Ermessen" feststellen, so ist dieser allein maßgebend, wie auch immer die Anschauungen der Wissenschaft über den allgemeinen Begriff des freien Ermessens und die „natürlichen Rechtssätze", welche diesen beherrschen, sich ändern mögen. W. Jellinek und Bühler operieren zwar nicht mit der Natur der Sache, stellen vielmehr die rechtliche Wirklichkeit in den Mittelpunkt ihrer Ausführungen, schließen gemeinhin aus der Beobachtung dieser und prüfen an ihr ihre Ergebnisse; aber gerade ihre Gewinnung des allgemeinen Ermessensbegriffs ist durchaus abstrakter Natur und läßt insbesondere eine Untersuchung darüber vermissen, in welchem Sinne der Ausdruck „freies Ermessen" in den Gesetzen gebraucht ist, die sich desselben bedienen. Ob v. Laun, Bühler und W. Jellinek zu einer anderen Formel gekommen wären, wenn sie von positiven Normen ausgegangen wären und die Absicht der Gesetzgeber beachtet hätten, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls hätte ihre Argumentation in den Augen der Positivisten eine sicherere Fundierung erhalten. Die praktische Bedeutung der allgemeinen For-

Digitized by Google

den wichtigeren, dem deutschen Rechtskreis angehörigen Gesetzen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit bedienen sich des Ausdrucks „freies Ermessen", um da, wo Behörden nach solchem handeln können, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auszuschließen, das österreichische, das württembergische, das bayerische und das badische Gesetz, und zwar erklären die drei erstgenannten Gesetze in allgemeiner Weise das Verwaltungsgericht oder doch das oberste Verwaltungsgericht für unzuständig, Ermessensfragen nachzuprüfen, das badische Gesetz schließt nur bei bestimmten Klagen, insbesondere bei solchen gegen polizeiliche Verfügungen, den Verwaltungsrichter ausdrücklich von der Nachprüfung von Ermessensfragen aus. Das österreichische und das württembergische Gesetz bestimmen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, soweit sie hier interessiert[37]), durch die allgemeine Formel, daß das Verwaltungsgericht in allen Fällen zu erkennen hat, „in denen jemand durch gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen

---

meln übrigens, welche diese und andere Schriftsteller gefunden haben, ist mit Recht als eine nur problematische bezeichnet worden (Dyroff a. a. O. S. 504), indem nach keiner von ihnen die Frage, ob im konkreten Falle eine Ermessenssache vorliegt oder nicht, sich stets einfach und zweifelsfrei beantworten läßt. Charakteristisch sind hier besonders die Ausführungen Bühlers. Obgleich er seine Definition für „im wesentlichen übereinstimmend" mit der W. Jellineks hält (S. 27 Anm.), kommt er an der Hand derselben gerade bei Beurteilung der landläufigsten praktischen Fälle (Bedürfnisfrage, Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage) zu anderen Ergebnissen als dieser (S. 286, 288 Anm. 48; W. Jellinek in der Besprechung des Bühlerschen Werkes im Archive für öffentliches Recht Bd. 32, 1914, S. 599). Und obgleich er meint, auch auf die Abweichungen, welche die Formulierung v. Launs von der seinigen aufweist, „kommt nicht viel an" (S. 25 Anm. 42), lehnt er es doch ab, bei Kriegserklärung, Reichstagsauflösung und anderen Aktionen, die v. Laun (a. a. O. S. 66 f.) gerade als Beispiele des freien Ermessens anführt, vom freien Ermessen zu sprechen, weil es sich hier wohl um freie, „aber nach höchsten politischen Gesichtspunkten vorzunehmende Staatsaktionen" handele (S. 27 Anm.).

[37]) Sie interessiert nur, soweit sie begründet ist für Klagen, die ein Verhalten einer Behörde bemängeln; denn nur, wo ein solches angegriffen wird, kann die Frage entstehen, ob die Behörde nicht nach freiem Ermessen handeln durfte. Außer Betracht bleibt also die Zuständigkeit der württembergischen Verwaltungsgerichte in den sogenannten Parteistreitigkeiten; nur die Bestimmung der Zuständigkeit des württembergischen Verwaltungsgerichtshofs in den sogenannten Beschwerdesachen ist hier zu beachten.

Digitized by Google

Rechten verletzt zu sein behauptet" [38]). Und im Anschluß an diese positive Zuständigkeitsbestimmung verordnen sie dann, daß von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen sind „Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind" [39]). Was der Gesetzgeber aber hier sagen wollte, geht aus den Motiven unzweideutig hervor: „Auf dem Gebiete der eigentlichen, reinen Verwaltung" — heißt es hier — „wo innerhalb des Ermessens der Verwaltungsbehörden die Verfügungen nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit getroffen werden, gibt es kein Recht des Einzelnen darauf, daß die Verfügung im einzelnen Falle so und nicht anders getroffen wird, und eben darum können solche Verfügungen, soweit es sich nur um die Frage der Zweckmäßigkeit handelt, nicht der Kognition einer richterlichen Behörde unterstellt werden" [40]). Die Verwaltungsklage soll also nur da Platz greifen, wo der von der anzugreifenden Verfügung Betroffene ein Recht darauf hat, daß die Verwaltungsbehörde ihm gegenüber im gegebenen Falle so und nicht anders handelt. Den Gegensatz zu diesen Fällen bilden die, in denen die Verwaltungsbehörde dem Einzelnen gegenüber rechtlich nicht zu einem bestimmten Handeln verpflichtet ist, oder, wie es in den Motiven heißt, nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit entscheiden darf. Handeln nach freiem Ermessen ist für den Gesetzgeber identisch mit Handeln nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit [41]) und bildet den Gegensatz zu dem Handeln der Behörden, das dem Einzelnen gegenüber gesetzlich gebunden ist. Ein Bedenken steht allerdings diesem Ergebnisse noch entgegen. Ist es nämlich richtig, dann ist die Vorschrift, daß von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

[38]) So das österreichische Gesetz, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs, vom 22. Oktober 1875 § 2 und dem Sinne nach durchaus übereinstimmend das württembergische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 Art. 13 Abs. 1.

[39]) Österreichisches Gesetz § 3 lit. e; württembergisches Gesetz Art. 13 Abs. 2.

[40]) Motive zu Art. 14 des Entwurfes des württembergischen Gesetzes, Verhandlungen der Württembergischen Kammer der Abgeordneten 1875/76, Beilagen Bd. 1 S. 863. Über die österreichische Gesetzgebung: Tezner, Zur Lehre vom freien Ermessen S. 10, 11, 20, 101; v. Lemayer, Artikel Rechtsschutz im öffentlichen Rechte im Österreichischen Staatswörterbuche von Mischler und Ulbrich, 2. Aufl., Bd. 4 S. 33 ff.

[41]) Im allgemeinen über die Identität auch W. Jellinek, Gesetz usw. S. 89 und Bühler a. a. O. S. 175.

Digitized by Google

ausgeschlossen sind die „Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind", neben der vorangehenden positiven Zuständigkeitsbestimmung eigentlich überflüssig. Denn ist das Verwaltungsgericht nach dieser nur zuständig, wenn „jemand durch gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet", so folgt daraus ohne weiteres, daß es nicht zuständig ist in allen Fällen, in denen die Behörde dem Einzelnen gegenüber nicht zu einem bestimmten Handeln verbunden ist, d. h. in der Ausdrucksweise des Gesetzgebers „nach freiem Ermessen" zu entscheiden hat. Eine Verletzung des Einzelnen in seinen Rechten durch eine Verwaltungsbehörde kann nur da in Frage kommen, wo diese ihm gegenüber zu einem ganz bestimmten Verhalten verpflichtet ist. Allein auch dies Bedenken fällt, wenn man beachtet, wie in den Motiven des Gesetzentwurfes doch ausdrücklich bemerkt ist, daß durch die Ausschließung der Zuständigkeit in Ermessenssachen die allgemeine positive Zuständigkeitsabgrenzung „keine Einschränkung, sondern nur eine nähere Präzisierung erfährt". Der Gesetzgeber selbst also war sich bewußt, daß die Vorschrift über die Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts in Ermessenssachen keinen selbständigen Inhalt hat, sondern nur eine Konsequenz der vorangehenden allgemeinen positiven Zuständigkeitsbestimmung konstatiert.

Das bayerische Verwaltungsgerichtsgesetz hat bekanntlich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nicht durch eine allgemeine Klausel, sondern nach der sog. Enumerationsmethode bestimmt, dann aber auch bei diesem Systeme wenigstens die Zuständigkeit des obersten Verwaltungsgerichts durch die negative Klausel beschränkt, daß dieselbe sich nicht erstreckt „auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind" [42]). Was der bayerische Gesetzgeber hier unter Ermessen der Verwaltungsbehörden versteht, das er an anderer Stelle des Gesetzes „freies administratives Ermessen" nennt[43]), läßt sich wieder aus den Motiven des Gesetzentwurfes ent-

[42]) Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz vom 8. August 1878 Art. 13 Ziff. 3. Die Verwaltungsgerichte der unteren Instanzen entscheiden über alle Streitfragen in den ihnen vom Gesetze zugewiesenen Streitsachen, also sowohl über strittige Rechts- wie über strittige Interessenfragen; Art. 31 Abs. 3 des Gesetzes.

[43]) Art. 15, Art. 31 Abs. 3.

Digitized by Google

nehmen. In ihnen werden den Fällen, in denen die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen zu entscheiden berechtigt sind, in denen „der Schwerpunkt für die Gestaltung der Verhältnisse gesetzlich in den Willen der betreffenden Verwaltungsbehörde gelegt ist", die Fälle gegenübergestellt, in denen „von einem Rechte der Beteiligten ... die Rede sein" kann, in denen die gesetzlichen Normen, welche Richtpunkte des behördlichen Handelns angeben, die „Unterlage von Rechten" bilden sollen[44]). Also das Verwaltungsgericht, dem die Beurteilung von Ermessensfragen entzogen ist, soll wieder nur zur Entscheidung zuständig sein, wenn eine Verletzung des durch die Verfügung Betroffenen in seinen Rechten in Frage steht und die Anwendung von Normen zu überprüfen ist, die die „Unterlage von Rechten" des Betroffenen bilden[45]).

Der badische Gesetzgeber hatte in dem Verwaltungsgesetze vom 5. Oktober 1863, durch das die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden eingeführt wurde, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte lediglich nach der Enumerationsmethode bestimmt, die einzeln aufgezählten Streitfälle diesen schlechthin zur Entscheidung überwiesen und bewußt „die Verwaltungsgerichte keineswegs auf die rechtliche Beurteilung der Streitfälle beschränkt"[46]). Erst in dem Verwaltungsrechtspflegegesetze vom 14. Juni 1884, das einen Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit brachte, erscheint die Ermessensklausel. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, denen bislang wesentlich nur sog. Parteistreitigkeiten überwiesen waren, wurde erweitert, insbesondere indem ihnen allgemein die Entscheidung über Klagen gegen polizeiliche Verfügungen und gegen Verfügungen der Staatsaufsichtsbehörden übertragen wurde. In diesen und den paar anderen in § 4 des Gesetzes genannten Streitigkeiten sollten die Verwaltungsgerichte nun aber auf die rechtliche Beurteilung des Streitfalls beschränkt werden. Daher wurde einmal in Anlehnung an das preußische Landesverwaltungsgesetz bestimmt, daß die Klage nur platzgreift gegen polizeiliche Verfügungen,

[44]) Motive zu Art. 10 des Entwurfes (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Bayerischen Landtags 1877/78, Beilagen Bd. 3 S. 22).

[45]) Ebenso für das bayerische Recht: Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 590, 3. Aufl. (bearbeitet von Piloty), Bd. 1 S. 420, 421; auch wohl Dyroff a. a. O. S. 507.

[46]) Begründung zum badischen Verwaltungsrechtspflegegesetze vom 14. Juni 1884 (Verhandlungen der Stände-Versammlung des Großherzogtums Baden 1883/84. Protokolle der Ersten Kammer. Beilageheft S. 20).

Digitized by Google

„welche den Kläger in seinen Rechten verletzen", und sodann mit Gültigkeit für alle in § 4 aufgezählten Streitigkeiten vorgeschrieben, daß die Klage nicht stattfindet, „insoweit die Behörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit nach Ermessen im Sinne des Gesetzes zu verfügen berechtigt sind". Den Gegensatz zu den Fällen, in denen die Behörden nach Ermessen verfahren können, bilden auch nach der Auffassung des badischen Gesetzgebers die, in denen die Behörden an „den Schutz des Einzelnen gegenüber den Behörden bildende Normen" gebunden sind, so daß die Ermessensklausel „nach dem Wesen der Sache durchaus selbstverständlich" und eigentlich überflüssig ist, soweit Klagen gegen polizeiliche Verfügungen in Frage stehen, die durch Verletzung des Klägers „in seinen Rechten" bedingt sind[47]).

Der Ausdruck freies Ermessen wird also in den verschiedenen Verwaltungsgerichtsgesetzen, die sich seiner bei Abgrenzung der Zuständigkeit bedienen, durchaus in demselben Sinne gebraucht. Es ist bei ihm lediglich darauf abgestellt, daß die Behörde dem Einzelnen gegenüber nicht zu einem bestimmten Handeln verpflichtet ist. Und freies Ermessen im Sinne dieser Gesetze liegt auch da vor, wo das Handeln der Behörde durch eine Norm genau bestimmt ist, diese Norm aber lediglich interne Bedeutung hat oder doch nicht dem Schutze des Einzelnen gegenüber der Behörde dienen will, so daß der Einzelne sich nicht auf sie berufen kann — Fälle, in denen zweifellos im allgemeinen von einem Handeln der Behörde nach vollem freien Ermessen nicht die Rede sein kann[48]). Denselben Begriff wie diese Verwaltungsgerichtsgesetze verbinden mit dem Ausdrucke freies Ermessen aber auch die Verwaltungsgerichte derjenigen Rechtsgebiete, in denen gesetzlich die Verwaltungsklage in Ermessenssachen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, wenn sie sich allgemein oder doch für bestimmte Gruppen von Streitigkeiten für unzuständig erklären, Ermessensfragen nachzuprüfen. So insbesondere das preußische Oberverwaltungsgericht. Auch dieses

[47]) Vgl. die in vorstehender Anm. genannte Begründung a. a. O. S. 26, 27; Bericht der Kommission der Zweiten Kammer über den Gesetzentwurf, betreffend Verwaltungsrechtspflege (Verhandlungen der Stände-Versammlung des Großherzogtums Baden 1883/84, Beilageheft 4 S. 673).

[48]) Vgl. auch v. Lemayer in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht Bd. 22 S. 447, 466, 467; Tezner, Theorien der Verwaltungsrechtspflege, im Verwaltungsarchive Bd. 9 S. 522, derselbe, über Verwaltungsrechtspflege S. 22, 23.

Digitized by Google

stellt dem Handeln nach freiem Ermessen gegenüber das Handeln der Behörde, welches dem Einzelnen gegenüber gebunden ist durch eine Norm, die dem Einzelnen ein Recht auf ein bestimmtes Handeln der Behörde verleiht[49]). Es kommt dem Gerichtshofe für die Qualifizierung einer Handlung als Ermessenshandlung nur darauf an, ob sie dem Individuum gegenüber gebunden ist oder nicht. Und das mit Recht. Denn nur auf das Gebundensein der Behörde nach außen, nicht nach der staatlichen Seite, kommt es an, wenn es, wie in allen hier in Rede stehenden Fällen, zu entscheiden gilt, ob das Individuum durch das Handeln der Behörde in seinen Rechten verletzt ist; hat doch der Verwaltungsrichter hier das Handeln der Behörde einfach als Handeln des Staates anzusehen und zu überprüfen, nicht als das Handeln gerade dieser Behörde, deren Entschließungen nach innen vielleicht durch besondere Bestimmungen näher normiert und gebunden sind.

Ermessensfragen der oben bezeichneten Art sind z. B.[50]) die alltäglich vorkommenden Entschließungen über Erteilung oder Versagung einer polizeilichen Erlaubnis, sofern die Polizeibehörde in diesen frei und nicht durch Gesetz den Untertanen gegenüber gebunden ist, bei bestimmten Voraussetzungen die Erlaubnis zu erteilen, so die Entschließungen über Dispensationen von der durch Polizeiverordnung festgesetzten Polizeistunde, über Gestattung besonderer Benutzung der dem Gemeingebrauche dienenden öffentlichen Sachen u. a. Eine Ermessensfrage ist die Zurücknahme von Approbationen, gewerbepolizeilichen Genehmigungen und Bestallungen nach § 53 der Gewerbeordnung („können ... zurückgenommen werden"; also selbst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen ge-

---

[49]) Vgl. z. B. Urteil vom 9. März 1909 (Entscheidungen Bd. 54 S. 438), vom 29. Januar 1910 (daselbst Bd. 55 S. 434), vom 2. April 1910 (daselbst Bd. 56 S. 438), vom 15. April 1912 (daselbst Bd. 61 S. 201 f.).

[50]) Ein eingehendes Verzeichnis von Ermessenssachen, die in Preußen der Beurteilung durch die Verwaltungsgerichte unterstellt sind, gibt O. Mueller, Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preußischem Rechte, Berlin 1895, S. 11—18. Auf dieses näher einzugehen, liegt keine Veranlassung vor, kommt es hier doch nur darauf an, festzustellen, wie die preußische Verwaltungsrechtsprechung den Begriff des freien Ermessens auffaßt und sich zur Überprüfung von Ermessensfragen gelegentlich polizeilicher Streitigkeiten stellt. Vgl. zu dem Verzeichnisse Muellers jedoch W. Jellinek, Gesetz usw. S. 196 ff. und Bühler a. a. O. S. 277 ff.

Digitized by Google

geben sind, hat die Behörde noch immer frei darüber zu befinden, ob die Zurücknahme stattfinden soll), desgleichen die Frage der Geeignetheit des Lokals und die Bedürfnisfrage in Konzessionsangelegenheiten, die unter § 33 der Gewerbeordnung fallen[51]).

[51]) So auch die herrschende Auffassung in der Theorie, besonders betreffs der Bedürfnisfrage: O. Mayer, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 136 Anm. 7; Fleiner, Institutionen, 3. Aufl., S. 132 f., 245 Anm. 46; derselbe, Einzelrecht und öffentliches Interesse (Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, Bd. 1) S. 15; Dyroff a. a. O. S. 510; W. Jellinek, Gesetz usw. S. 132 f., 199 f. Anderer Ansicht Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. 3 S. 412 f., wo er sagt: „Alles, was vom Rechte als Voraussetzung für den Bestand oder Nichtbestand eines Anspruchs gesetzt ist, ist notwendig Gegenstand richterlicher Beurteilung, nicht der einseitigen Entscheidung des einen Teiles", d. h. des Ermessens der Verwaltungsbehörde. „Wenn das Gesetz als Versagungsgründe gegenüber einer verlangten Betriebserlaubnis persönliche Mängel, Mängel der Betriebsstätte, Mangel eines Bedürfnisses nebeneinander stellt, so ist es Willkür, zu sagen, wenn der erste Versagungsgrund gegen den Antragsteller geltend gemacht wird, handle es sich um dessen Recht auf Erlangung der Erlaubnis, wenn einer der beiden anderen Versagungsgründe, dann komme kein Recht auf die Erlaubnis in Frage." Dem gegenüber ist jedoch zu bemerken, daß gerade die Behauptung, die drei nebeneinander genannten Versagungsgründe müßten rechtlich auf einer Linie stehen, willkürlich erscheint. Es kommt doch allein darauf an, ob der Gesetzgeber mit ihnen der behördlichen Entschließungsfreiheit gleichartige Schranken nach außen hin hat ziehen wollen oder auch nur hat ziehen können. Das ist aber bei näherer Prüfung ihres materiellen Gehalts nicht der Fall. Wenn der Gesetzgeber bestimmt, daß die Erlaubnis nur zu versagen ist, 1. wenn gegen den Nachsuchenden Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß er das Gewerbe zur Förderung der Völlerei usw. mißbrauchen werde, so bindet er damit die Verwaltungsbehörde an eine ganz bestimmte Norm. Sie hat lediglich zu prüfen, ob die in dieser Norm formulierte Voraussetzung gegeben ist oder nicht, und danach über das Konzessionsgesuch zu entscheiden. Wenn er dann aber weiter sagt, daß die Erlaubnis auch zu versagen ist, 2. wenn das Betriebslokal „den polizeilichen Anforderungen nicht genügt", so bindet er damit die Konzessionsbehörde nicht einfach an eine bereits von ihm zur unmittelbaren Anwendung fertiggestellte Norm — die nach Ziffer 2 an das Lokal zu stellenden polizeilichen Anforderungen sind weder reichsgesetzlich noch landesgesetzlich geregelt, können auch nicht durch Polizeiverordnungen mit bindender Wirkung für die Konzessionsbehörden normiert werden (Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 19. Januar 1898, Entscheidungen Bd. 33 S. 343) —, sondern er schiebt der Behörde zunächst die Frage zu, welche Anforderungen im polizeilichen Interesse im vorliegenden Falle an das Lokal zu stellen sind (vgl. Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 10. Oktober 1876, daselbst Bd. 1 S. 301). Diese Frage aber ist, da eben — abgesehen von der allgemeinen Schranke, daß mit den Anforderungen nur polizeiliche Interessen ver-

Digitized by Google

Eine Entscheidung einer Ermessensfrage enthält jede Anordnung der Wegepolizeibehörde, welche den Bau und die Unterhaltung, die Einziehung und Verlegung öffentlicher Wege betrifft (Zuständig-

---

folgt werden dürfen, — ein rechtlicher Maßstab, der ihrer Beantwortung zugrunde zu legen ist, nicht vorhanden ist, eine Ermessensfrage, die von der Behörde in jedem Falle frei zu beantworten ist unter Würdigung aller dem Einzelfall eigentümlichen Umstände. Was von der Lokalfrage gilt, gilt auch von der Bedürfnisfrage, wenn sie gemäß Abs. 2 des § 33 nach Vorschrift der Landesregierung aufzuwerfen ist. Auch sie ist nicht einfach durch Anwendung einer objektiven Norm zu beantworten. Darüber, wieviel Wirtschaften das Bedürfnis an einem Orte decken, gibt es und kann es vernünftigerweise keine allgemeinen Vorschriften geben, nach denen die Behörde den Konzessionssuchern gegenüber zu verfahren hätte, denn für eine dem öffentlichen Interesse im Einzelfalle wirklich entsprechende Beantwortung dieser Frage kommen stets zahlreiche, allgemein garnicht voraussehbare Umstände in Betracht. Die Behörde hat also auch diese Frage weder durch Rechtsvorschriften noch durch irgendwelche von der allgemeinen Verkehrsanschauung festgelegten Begriffe gebunden, d. h. aber nach freiem Ermessen, zu entscheiden. Es ist für ihre Bejahung nicht maßgebend irgend eine objektive Norm, sondern, wie die heute hier noch geltende (vgl. Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 24. März 1877 daselbst Bd. 2 S. 291) preußische Kabinettsorder vom 7. Februar 1835 (GS. S. 18) unter Ziffer 4 sich ausdrückt, daß „sich die Behörde von der Nützlichkeit und dem Bedürfnisse der Anlage überzeugt hat", ein solches also ihrer subjektiven Auffassung nach vorliegt. Nach Seydel haben auch v. Laun a. a. O. S. 104, und Bühler a. a. O. S. 32 f., 286 ff., der Bedürfnis- und natürlich auch der Lokalfrage den Charakter einer Ermessensfrage abgesprochen, und zwar Bühler gänzlich im Anschluß an v. Seydel, v. Laun deshalb, „weil die Behörde bei der Erwägung, ob in einem Orte ein Bedürfnis nach einer Schankwirtschaft bestehe, vom Gesetz an die Verfolgung eines bestimmten Zweckes, nämlich die Verhinderung des übermäßigen Anwachsens derartiger Unternehmungen, gebunden" sei — also von seiner Begriffsbestimmung des freien Ermessens aus, nach der dieses nur da gegeben sein soll, wo die Behörde nicht nur zwischen verschiedenen Wegen einen Zweck zu erreichen, sondern überdies auch zwischen verschiedenen Zwecken wählen kann (a. a. O. S. 63), — eine Begriffsbestimmung, die wir nach dem oben Auseinandergesetzten ablehnen. Übrigens ist zu beachten, daß eine Zweckbindung, wie sie hier vorliegt, praktisch kaum etwas Anderes bedeutet, als das allgemeine Gebundensein der Verwaltungsbehörde, lediglich das Gemeininteresse zu verfolgen. Vgl. auch O. Mayer, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 137 Anm. 7 und Dyroff a. a. O. S. 510.

In der Praxis hat vor allem der bayerische Verwaltungsgerichtshof, veranlaßt durch Art. 8 Ziff. 8 und Art. 13 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes, grundsätzlich zur Frage Stellung genommen. Er hat die Bedürfnis- wie die Lokalfrage für Ermessensfragen erklärt und sich daher für unzuständig erklärt, sie zu überprüfen (vgl. besonders die Urteile vom 10. Fe-

Digitized by Google

keitsgesetz §§ 56, 57), ja gemeinhin jedes Einschreiten der Polizeibehörde, indem für diese, soweit sie nicht in besonderen Fällen gemäß Spezialvorschriften zum Einschreiten verpflichtet ist, das Opportunitätsprinzip gilt (vgl. unten S. 128 ff.).

Keine Ermessensfrage liegt dagegen überall dort vor, wo eine Behörde über die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm zu befinden hat, auch nicht, wenn es sich um eine Norm mit weitem Fassungsraum,

bruar und 16. März 1880 [Sammlung der Entscheidungen Bd. 1 S. 140, 185]; Bühler a. a. O. S. 387 f., Dyroff a. a. O. S. 510. Das preußische Oberverwaltungsgericht hatte bis zum Inkrafttreten des geltenden Zuständigkeitsgesetzes, nach dessen § 114 gewerbliche Konzessionsstreitigkeiten endgültig vom Bezirksausschuß entschieden werden, Veranlassung, sich als Revisionsgericht mit dem Charakter der Lokal- und Bedürfnisfrage zu befassen, indem es auf Revision hin sie nur nachprüfen durfte, wenn ihre unrichtige Beantwortung eine Rechtsverletzung enthielt. Grundsätzlich hat es sich, soweit ich sehe, über die Frage nicht geäußert, insbesondere hat es die Bedürfnisfrage nirgend, wie Bühler a. a. O. S. 512 in Verbindung mit S. 288 Anm. 48, solches behauptet, „ohne weiteres für eine Rechtsfrage erklärt". Auch nicht in dem von Bühler für diese Behauptung angezogenen Urteile vom 17. Oktober 1883 (Entscheidungen Bd. 10 S. 254); es hat hier nicht schlechthin behauptet, „unrichtige Beurteilung der Bedürfnisfrage sei unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes im Sinne von §§ 64, 68 des Verwaltungsgerichtsgesetzes von 1875/88", sondern eine Rechtsverletzung nur deshalb als vorliegend gefunden, weil das Berufungsgericht angenommen hatte, bei Konzessionierung einer Kantine an die Erklärung der Militärverwaltung über das Bedürfnis gebunden und einer selbständigen Prüfung der Bedürfnisfrage enthoben zu sein (S. 257), weil es sich also über die Grenzen der Ausübung des freien Ermessens geirrt hatte (richtig Jellinek im Archive für öffentliches Recht, 1914, Bd. 32 S. 599); die Normen über diese sind aber Rechtsnormen, vgl. unten S. 113 ff. unter III A, besonders am Ende. Auch daraus, daß das Oberverwaltungsgericht, nachdem es festgestellt hat, daß das Berufungsgericht bei Beurteilung der Bedürfnisfrage von einer falschen Rechtsauffassung ausgegangen ist, in den Gründen des Urteils vom 17. Oktober 1883 selbst eine Prüfung und Entscheidung der Bedürfnisfrage vornimmt (vgl. auch Urteil vom 22. September 1883, Entscheidungen Bd. 10 S. 254), folgt nicht, daß es diese als eine Rechtsfrage ansieht. Denn wenn das Revisionsgericht aufhebt und nicht in eine Vorinstanz verweist, so hat es die Sach- und Rechtslage so frei zu beurteilen wie das Berufungsgericht, also auch Ermessensfragen, wie dieses, zu entscheiden; vgl. das im Preuß. Verwaltungs-Blatte Bd. 17 S. 360 r. mitgeteilte Urteil, Kunze, Verwaltungsstreitverfahren S. 134, Friedrichs, Landesverwaltungsgesetz S. 231 Anm. zu § 98. Heute hat die Frage nach der Rechtsnatur der Lokal- und Bedürfnisfrage in Preußen keine praktische Bedeutung mehr; nach § 114 des Zuständigkeitsgesetzes ist sie von den Verwaltungsgerichten erster und zweiter Instanz zweifellos zu überprüfen.

Digitized by Google

einen sog. unbestimmten Begriff, handelt, wie z. B. bei der Frage, ob jemand hilfsbedürftig im Sinne des Unterstützungswohnsitzgesetzes, ob er zuverlässig im Sinne mehrerer Vorschriften der Gewerbeordnung ist, ob im Sinne dieser ein Betrieb mit ungewöhnlichem Geräusche verbunden ist (§ 27), ob im Sinne der Gesetze vom 2. Juni 1902 und 15. Juli 1907 eine Gegend landschaftlich hervorragend oder das Ortsbild durch Bauten gröblich verunstaltet ist. Alle diese Fragen können nach dem Willen des Gesetzgebers richtig zweifellos stets nur in einem Sinne beantwortet werden. Es kann nicht jemand im Sinne einer bestimmten Vorschrift der Gewerbeordnung für zuverlässig und ebenso richtig auch für unzuverlässig erklärt werden; nur das eine oder das andere kann richtig sein. Die unbestimmten Begriffe sind, so schwierig und unsicher ihre Bestimmung im allgemeinen wie auch ihre Anwendung auf den einzelnen Fall sein mag, wenn der Gesetzgeber sich ihrer bedient, um Willenssphären der Individuen gegeneinander oder solche zwischen dem Staate und seinen Gewaltunterworfenen abzugrenzen, ebenso Rechtsbegriffe wie Begriffe, die der Gesetzgeber selbst authentisch interpretiert hat, als z. B. die der selbständigen Ehefrau (Unterstützungswohnsitzgesetz § 17), der öffentlichen Armenpflege (Reichsgesetz vom 15. März 1909, RGBl. S. 319), des Gewerbebetriebs im Umherziehen (Gewerbeordnung § 55). Gibt es doch überhaupt keine sichere Grenze zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen; sind doch auch zahlreiche Begriffe, die gemeinhin als bestimmte angesprochen werden, nicht so bestimmt und scharf formuliert, daß sie jede individuell gefärbte Auffassung ausschließen. Dieser Ansicht ist denn auch die herrschende Theorie[52]) und die Praxis, insbesondere das Oberverwaltungsgericht, das die unbestimmten Begriffe stets als Rechtsbegriffe behandelt und demzufolge überprüft hat, ob sie im gegebenen Falle von den Verwaltungsbehörden richtig verstanden und zur Anwendung gebracht sind[53]).

[52]) Vgl. z. B. Tezner, Zur Lehre vom freien Ermessen S. 6 (hier besonders gegen Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 42 ff.), 14, 33 ff. („verwaltungstechnische Begriffe"), 42, 44, 51, 55 ff., 69 f., 80 ff.; derselbe, Verwaltungsarchiv Bd. 9 S. 560 f., 574 Anm. 28 sowie über Verwaltungsrechtspflege S. 24 f., 29; Bühler a. a. O. S. 27 f., 343, 380 ff., 429, 510; v. Laun, Das freie Ermessen, besonders S. 47 ff. („gebundenes" Ermessen); W. Jellinek, Gesetz usw. S. 30 ff., besonders 37 f., auch im Archive für öffentliches Recht, 1914, Bd. 32 S. 604.

[53]) Vgl. z. B. Entscheidungen Bd. 55 S. 433 f., Bd. 57 S. 424, Bd. 67 S. 367, 369, Bd. 70 S. 407.

Digitized by Google

Der folgenden Untersuchung, die im wesentlichen der Frage gewidmet ist, wie das preußische Oberverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung auf Grund des § 127 des Landesverwaltungsgesetzes sich zu Ermessensfragen verhalten hat, ist stets der hier im vorangehenden festgestellte Ermessensbegriff zugrunde gelegt.

III. Die Praxis des Oberverwaltungsgerichts.

A. Die Überprüfung der Ermessensübung in Rücksicht auf ihre äußeren Grenzen.

1. Der Ausschluß der Ermessenskontrolle bei den auf Grund des § 127 des Landesverwaltungsgesetzes erhobenen Klagen gegen polizeiliche Verfügungen bewirkt nach der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts nicht, daß ihm auch die Prüfung der Frage entzogen ist, ob die Polizei die ihrem Ermessen gezogenen Grenzen nicht überschritten hat. Und diese Auffassung ist, wie auch in der Theorie übereinstimmend angenommen wird, richtig. Denn die Norm, welche bestimmt, wie weit die Behörde dem Untertan gegenüber in ihrem Handeln nicht gebunden ist, ist eine Rechtsnorm, und die Frage, ob die Behörde nach freiem Ermessen gehandelt hat, wo nach dieser Norm für das freie Ermessen kein Raum mehr war, ist eine Rechts- und keine Ermessensfrage mehr; zu ihrer Überprüfung ist also auch der auf Rechtskontrolle beschränkte Gerichtshof zuständig. Natürlich kann die Grenze, welche dem Handeln nach freiem Ermessen gezogen ist, im einzelnen Falle immer nur durch eine ganz bestimmte Linie gegeben sein, bis zu welcher das Handeln nach freiem Ermessen eben erlaubt, über die hinaus es aber ausgeschlossen ist. Wenn das Oberverwaltungsgericht, namentlich in älteren Entscheidungen, prüft, ob die Verfügung „die äußersten, jenem Ermessen gezogenen Grenzen" überschreite[54]), so sind aus diesem Ausdrucke keine besonderen Schlüsse zu ziehen, insbesondere nicht etwa der, als ob das Oberverwaltungsgericht annehme, die Ermessensgrenze könne gleichzeitig durch mehrere Linien bestimmt sein und nur die äußerste dürfe nicht verletzt werden[55]).

Die allgemeine Norm nun, welche in Preußen, abgesehen von

[54]) Vgl. z. B. Urteil vom 21. März 1877 (Entscheidungen Bd. 2 S. 394). Derselben Ausdrucksweise bedient sich auch der Badische Verwaltungsgerichtshof, vgl. Bühler a. a. O. S. 487 Anm. 327.

[55]) Richtig Tezner im Verwaltungsarchive Bd. 9 S. 607 Anm. 201.

Digitized by Google

Spezialvorschriften, die Grundlage für das Recht der Polizeibehörden [56]), Verfügungen zu erlassen, bildet, ist der § 10 II 17 des Allgemeinen Landrechts [57]). Er bestimmt, unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zwecke die Polizei einschreiten, insbesondere Verfügungen erlassen darf. Materiell betrachtet ist diese Norm eine Rechtsnorm, nicht lediglich eine Anweisung an die Behörden, die ihre Dienstpflichten bestimmt, denn „das Allgemeine Landrecht enthält die Vorschriften, nach welchen die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staates zu beurteilen sind" [58]). Sie grenzt also die Befugnisse der Polizei den Einzelnen gegenüber mit der Wirkung ab, daß diese ein Recht darauf haben, daß die Polizei nicht weiter, als es hier zugelassen ist, in ihre Rechtssphäre eingreift, und daß sie in dem oben festgestellten Sinne „in ihren Rechten verletzt" sind, wenn die Polizei die ihr hier gezogenen Grenzen ihnen gegenüber überschreitet. Mit Recht wird denn auch vom Oberverwaltungsgericht und von der herrschenden Theorie in dem § 10 II 17 ALR. die gesetzliche Ermächtigung gefunden, welche nach den Grundsätzen des Rechtsstaats für alle Eingriffe der Verwaltung in Freiheit und Eigentum der Untertanen erforderlich ist. Die Meinung dagegen, daß der landrechtliche Gesetzgeber nicht beabsichtigt habe, in § 10 den Polizeibehörden eine Ermächtigung zu erteilen, vielmehr „diese Stelle von Haus aus ... das Gegenteil einer solchen, nämlich eine die Tätigkeit der Polizei auf Gefahrenabwehr einschränkende, die Wohlfahrtsförderung ihr verschließende Norm war" und erst neuere künstliche Interpretation in ihr eine Ermächtigung entdeckt habe [59]) — ist nicht nur unbewiesen, sondern auch unhaltbar. Enthält das Landrecht „die Vorschriften, nach

---

[56]) Wenigstens der Ortspolizeibehörden, für die Landespolizeibehörden stellt Rosin im Verwaltungsarchive Bd. 3 S. 326, 364 dem § 10 II 17 ALR. als Verfügungsermächtigung die Verordnung vom 26. Dezember 1808 zur Seite, vgl. auch Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Rechte Bd. 1, Tübingen 1906, S. 104 Anm. 13.

[57]) Die gesetzliche Grundlage für das Polizeiverordnungsrecht interessiert hier nicht weiter, vgl. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, Berlin 1895, 2. Aufl., S. 38 f., Thoma a. a. O. S. 42.

[58]) Einleitung des ALR. § 1.

[59]) So Bühler a. a. O. S. 86, richtig gegen ihn besonders W. Jellinek im Archive des öffentlichen Rechtes (1914) Bd. 32 S. 589 unter Hinweis auf die Untersuchungen Lönings im Verwaltungsarchive Bd. 2 S. 461, 463 ff. und Rosins daselbst Bd. 3 S. 293 Anm. 128, S. 324 ff., 363 f.

Digitized by Google

welchen die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staates ... zu beurteilen sind", so kann eine Bestimmung des Landrechts, welche die Tätigkeiten einer Behörde normiert, nur die Bedeutung haben, daß sie die Behörde zur Entfaltung dieser Tätigkeiten den Untertanen gegenüber ermächtigt, nicht lediglich die einer Kompetenzabgrenzung im Rahmen des Behördenorganismus, einer Anweisung an die Behörde, sich Tätigkeiten, die sie nicht nennt, zu enthalten [60]). Eine andere Frage ist die, ob eine Ermächtigung aus vorkonstitutioneller Zeit, wie die landrechtliche, heute noch genügt. Es ist klar, daß, wenn die modernen Verfassungen Beschränkungen von Freiheit und Eigentum der Untertanen nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigungen zulassen, sie dabei konstitutionelle, unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommene Gesetze im Auge haben, und daß nach Emanation der Verfassungsurkunde auch nur durch solche neue Ermächtigungen erteilt werden können. Zweifelhaft erscheint aber, ob hierhergehörige vorkonstitutionelle Ermächtigungen an Verwaltungsbehörden mit dem Erlasse der Verfassungsurkunde fortgefallen sind. Dem Grundsatze der Verfassungsurkunde, daß Behörden in Zukunft in Freiheit und Eigentum der Einzelnen nur sollen eingreifen dürfen, wenn sie durch ein konstitutionelles Gesetz ermächtigt sind, genügen die vorkonstitutionellen Ermächtigungen offenbar nicht; der Gesetzgeber kann aber doch beabsichtigt haben, daß sie fortgelten, bis sie im Wege der konstitutionellen Gesetzgebung aufgehoben oder durch andere ersetzt sind, so daß der moderne Verfassungsgrundsatz nur Platz greifen soll für neu zu erteilende Ermächtigungen. Da der Verfassungstext keinen weiteren Anhaltspunkt für die Ermittelung der wahren Absicht des Gesetzgebers gibt [61]), sind die Konsequenzen zu beachten, zu welchen die verschiedene Beantwortung der Frage führt. Und mit Rücksicht auf diese scheint nur die Annahme haltbar, daß die vorkonstitutionellen Ermächtigungen fortgelten bis zu ihrer Aufhebung oder Ersetzung durch neue. Denn wollte man anneh-

[60]) Vgl. auch Rosin a. a. O. S. 394.

[61]) Auf Artikel 109 der Verfassungsurkunde: „... alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden", kann man sich für die Ansicht, daß die vorkonstitutionellen Ermächtigungen fortgelten, nicht berufen, denn es steht ja gerade zum Beweise, daß diese Ermächtigungen der Verfassung nicht zuwiderlaufen.

Digitized by Google

men, daß die vorkonstitutionellen Ermächtigungen mit dem Erlasse der Verfassungsurkunde weggefallen sind, so wäre den Verwaltungs-, insbesondere den Polizeibehörden die rechtliche Grundlage für ihre wichtigsten Betätigungen entzogen worden, ohne durch eine neue ersetzt zu werden, und ihr Eingreifen in Freiheit und Eigentum der Untertanen wäre heute zum großen Teile als rechtswidriges Handeln zu qualifizieren. Daß dem so ist, nimmt der Gesetzgeber aber offenbar nicht an, indem er die Befugnis der Polizeibehörden, Verfügungen zu erlassen, als zu Recht bestehend in zahlreichen Gesetzen voraussetzt und sich bislang nicht veranlaßt gesehen hat, den Polizeibehörden eine diesbezügliche allgemeine Ermächtigung in Form eines konstitutionellen Gesetzes zu erteilen. Auch das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850, welches unmittelbar nach Emanation der Verfassung das Polizeiverordnungsrecht neu geregelt hat, ist nicht, wie behauptet ist, aus der Überlegung des Gesetzgebers hervorgegangen, als ob dieses Gesetz nötig wäre, um überhaupt dem Verordnungsrechte der Polizeibehörden für die Zukunft die erforderliche rechtliche Grundlage zu geben. Im Gegenteil läßt sich nachweisen, wie der Gesetzgeber bei Erlaß dieses Gesetzes der Auffassung war, daß die vorkonstitutionellen Ermächtigungen fortbestehen [62]), und diese auch unserer Ansicht nach dem

[62]) Wenn Thoma a. a. O. S. 105 für Preußen ausführt: „mit Emanation der Verfassungsurkunde war der ganzen vollziehenden Gewalt vom Staatsoberhaupte bis hinunter zur Ortspolizeibehörde die Befugnis zu neuen Beschränkungen von Freiheit und Eigentum durchaus abgeschnitten. Sofort wurde, um die Lücke einigermaßen zu schließen, durch das Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850 gewissen Behörden der inneren Verwaltung ein Polizeiverordnungsrecht delegiert," — so ist dies unzutreffend und zeigt, daß Thoma sich über die Beweggründe, welche den Gesetzgeber zum Erlasse des Polizeigesetzes bestimmten, nicht unterrichtet hat. Aus dem in der Sitzung der Ersten Kammer vom 26. Januar 1850 erstatteten Kommissionsberichte geht deutlich hervor, daß das Gesetz, soweit es von der Befugnis der Polizeibehörden, ortspolizeiliche Vorschriften unter Androhung von Strafen zu erlassen, handelt, lediglich dadurch veranlaßt wurde, daß man diese Befugnis der Ortspolizeibehörden für den ganzen Staat einheitlich regeln wollte; bislang galten für sie in den einzelnen Provinzen verschiedene Bestimmungen oder eine verschiedene praktische Übung, und außerhalb der Rheinprovinz durften die Ortspolizeibehörden überhaupt nur mit ausdrücklicher Genehmigung der Regierungen die Nichtbefolgung ihrer Verordnungen mit Strafe bedrohen (Stenographische Berichte über die Verhandlungen der Ersten Kammer, 1850. V. S. 2315, 2327; vgl. auch Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 42 ff.). Sollte nunmehr den Ortspolizeibehörden im ganzen

Digitized by Google

positiven Verfassungsrechte gegenüber durchaus haltbare Auffassung hat stets auch die Praxis und die herrschende Theorie geteilt [63]).

2. Hat nach dem vorangehenden nun aber der § 10 II 17 ALR. die Bedeutung einer Ermächtigung der Polizei mit Wirkung gegenüber den Gewaltunterworfenen, so hat das Verwaltungsgericht auf

---

Staate das Recht beigelegt werden, selbständig Verordnungen unter Strafandrohung zu erlassen, so bedeutete das im größten Teile des Staates für sie eine erhebliche Erweiterung ihrer Befugnisse, eine neue Ermächtigung, und solche konnte ihnen nach den von der Verfassungsurkunde anerkannten Grundsätzen natürlich nur im Wege der Gesetzgebung erteilt werden. Daß der Gesetzgeber nicht die Auffassung hatte, daß mit dem Erlasse der Verfassungsurkunde die alten Ermächtigungen hinweggefallen waren und eine so entstandene „Lücke zu schließen" war, erhellt daraus, daß er ursprünglich in dem Polizeiverwaltungsgesetz über das Polizeiverordnungsrecht der Regierungen keine Bestimmungen aufnehmen wollte, indem er solche für unnötig hielt, wenn dieses unverändert, d. h. nach Maßgabe der Instruktion vom 23. Oktober 1817 § 11 Abs. 2. und 3 (Rosin a. a. O. S. 40 ff.) fortbestehen sollte; vgl. den ersten Entwurf zum Polizeiverwaltungsgesetze vom 12. September 1849, mitgeteilt von Rosin a. a. O. S. 304 ff., § 14. Erst als dann später bei Umarbeitung dieses ersten Entwurfes beschlossen wurde, zusammen mit der Neuordnung des örtlichen Polizeiverordnungsrechts das Polizeiverordnungsrecht der Regierung weiter auszugestalten, namentlich seine Ausübung von dem Erfordernisse der ministeriellen Genehmigung zu befreien, wurden Bestimmungen über dasselbe in das Gesetz aufgenommen (§§ 11 ff.; vgl. auch Rosin a. a. O. S. 51 ff.). Auch bei diesen Bestimmungen handelte es sich also nicht um Ausfüllung von Lücken, sondern um Erteilung materiell neuer Ermächtigungen.

[63]) Vgl. über die Frage im allgemeinen die bei Thoma a. a. O. S. 106 Anm. 14 Zitierten und Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, 7. Aufl., S. 672 Anm. 7, speziell betreffs vorkonstitutioneller Ermächtigung zum Erlasse von Polizeiverfügungen Rosin a. a. O. S. 20 und Fleiner, Institutionen, 3. Aufl., S. 366 ff. Anderer Ansicht von den Neueren besonders Thoma, der im Anschluß an den in vorangehender Anm. zitierten Satz fortfährt: „Ein konstitutionelles Gesetz dagegen, welches irgendeiner Behörde die generelle Ermächtigung erteilen würde, verpflichtende Polizeiverfügungen zu erlassen, ist bis jetzt noch nicht ergangen. Es besteht hier eine Lücke im preußischen Polizeirechte, die Berufung auf § 10 II 17 ALR. und andere allgemeine vorkonstitutionelle Ermächtigungen ist in Wahrheit ein Notbehelf" — und unter Berufung auf Thoma, ohne eigene Begründung Bühler a. a. O. S. 85 f. Thoma gibt dann aber selbst zu, daß die Durchführung seiner Lehre zu praktisch unhaltbaren Folgen führen würde, und sucht zu helfen durch Konstruktion eines Übergangsrechts (S. 105 Anm. 14, 112 ff.). Solange die Ermächtigung zum Erlasse von polizeilichen Verfügungen noch nicht, wie dies nach Thoma die Verfassurgsurkunde verlangt, durch ein konstitutionelles Gesetz erteilt ist, sei der Rechtsstaat auf diesem Rechtsgebiete

Digitized by Google

jede Klage gegen eine Polizeiverfügung nachzuprüfen, ob die Polizei in concreto die ihr in § 10 gezogenen Grenzen nicht überschritten hat. Denn diese Frage ist eine reine Rechtsfrage. Es hat also zu prüfen, ob durch Handeln oder Nichthandeln der Betroffenen die „öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung" gestört, „dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben" „Gefahren" verursacht waren, ob diese Gefahren als wirklich „bevorstehende" oder nur als ganz entfernte anzusprechen waren — wie unbestimmt die Begriffe auch sein mögen, die ihm bei dieser Prüfung entgegentreten. Und dementsprechend hat auch das Oberverwaltungsgericht stets verfahren.

Das Verwaltungsgericht hat nach Prüfung der eben angegebenen Voraussetzungen des polizeilichen Einschreitens aber auch weiter zu prüfen, ob das, was in der Verfügung angeordnet ist, auch nötig war, um den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen [64]). Denn nur die „nötigen Anstalten" zu treffen, ist das Amt der Polizei, d. h. sie darf nur soweit in die Rechtssphäre der Untertanen eingreifen, als dies eben nötig ist, um die Störung des polizeiwidrigen

noch nicht verwirklicht, befinde sich vielmehr „noch im Stadium der Übergangszeit", während dieser aber müssen die alten Ermächtigungen fortgelten, wenngleich sie dem Verfassungsrechte nicht entsprechen, mit einem solchen „Übergangsrechte" müsse der Gesetzgeber gerechnet haben, denn dem Geiste der Verfassung entspreche nicht der Umsturz des Bestehenden, sondern seine allmähliche Umgestaltung. Damit kommt Thoma praktisch wohl zu demselben Ergebnisse wie wir, theoretisch ist seine Lehre aber — ganz abgesehen davon, daß es sehr gezwungen erscheint anzunehmen, Preußen befinde sich, was die Rechtsgrundlage einer der wichtigsten polizeilichen Kompetenzen anlangt, noch immer (während nahezu 70 Jahren) im Übergangsstadium vom Polizeistaate zum Rechtsstaat — überhaupt nicht haltbar. Nach der Preußischen Verfassungsurkunde sind mit ihrem Inkrafttreten alle Bestimmungen älterer Gesetze, welche ihr zuwiderlaufen, außer Kraft getreten (folgt im Wege des Beweises aus dem Gegensatz auch aus Art. 109, siehe oben Anm. 61) also auch § 10 II 17 ALR. wenn er den Anforderungen des Verfassungsrechts nicht genügt. Ein Übergangsrecht i. S. Thomas, so daß das alte Recht, auch wenn es dem Verfassungsrechte widerspricht, bis zu seiner verfassungsmäßigen Abänderung in Kraft bleibt, erkennt die Verfassungsurkunde wohl ausdrücklich für einzelne bestimmte Materien an (Art. 112, 115), daraus aber folgt gerade, daß sie ein solches im allgemeinen nicht als zu Recht bestehend annimmt.

[64]) Ebenso Tezner, Freies Ermessen S. 70 ff., 92 ff.; Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, in Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, Bd. 1 S. 11 f.; Friedrichs im Preußischen Verwaltungsblatte Bd. 30, 1908/09, S. 372 und in seinem Kommentare zum Landesverwaltungsgesetz S. 301 Anm. 45; Schultzenstein im Verwaltungsarchive Bd. 10 S. 507; Thoma, Polizeibefehl S. 464 ff.; Bühler a. a. O. S. 177 ff.

Digitized by Google

Zustandes zu beseitigen. Greift sie also weiter ein, so handelt sie rechtswidrig [65]), und daraus folgt, daß die Frage, ob die Verfügung nur das Nötige anordnete, eine Rechtsfrage und keine Ermessensfrage ist. Die Stellungnahme des Oberverwaltungsgerichts dieser Frage gegenüber ist zweifellos keine einheitliche. In einer Reihe von Entscheidungen hat der Gerichtshof die Frage, ob die Polizeibehörde in ihren Anforderungen über das Nötige nicht hinausgegangen ist, geprüft [66]), in anderen aber auch wieder jedes Eingehen auf diese Frage abgelehnt [67]), ohne daß der Widerspruch, der

[65]) Vergleiche besonders O. Mayer, Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Bd. 1 S. 267 f., 2. Aufl., Bd. 1 S. 231 f.; Fleiner, Institutionen, 3. Aufl., S. 376; Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1899, S. 307.

[66]) Vgl. z. B. Urteil vom 3. Juli 1886 (Entscheid. Bd. 13 S. 427: Verfügung, welche Beseitigung eines Zaunes verlangt, wird aufgehoben, weil sie sich hätte mit Anordnung einer Beleuchtung bei Dunkelheit begnügen müssen); vom 14. Mai 1892 (das. Bd. 23 S. 389: Verfügung, welche eine Wegesperrung verlangte, wird aufrechterhalten, weil im gegebenen Falle die Anstellung eines Torwächters den polizeilichen Interessen nicht genügen würde); vom 21. September 1903 (das. Bd. 44 S. 343: Verfügung, welche die Polizeistunde für ein Lokal allgemein herabsetzt, um dadurch seine Benutzung zu sozialdemokratischen Versammlungen zu verhindern, wird aufgehoben, weil sie „über das Maß des Notwendigen und Sachdienlichen hinausgeht"); vom 14. März 1907 (das. Bd. 50 S. 373: Verfügung, welche dem Besitzer eines Kinematographen-Theaters aufgibt, die nach der Straße führenden Türen seines Lokals wegen der vor ihm stattfindenden Menschenansammlung stets geschlossen zu halten, wird aufgehoben, weil das Geschlossenhalten dieser Türen nicht „das nötige Mittel" zur Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes ist); vom 17. Februar und 30. April 1908 (das. Bd. 52 S. 372, 378 f.), 3. November 1908 (das. Bd. 53 S. 403), 21. Oktober 1909 (das. Bd. 55 S. 274), 28. März 1911, 5. Dezember 1910, 23. März 1911 (das. Bd. 59 S. 298, 365, 368), 3. November 1911 (das. Bd. 60 S. 332 f.), 2. Februar 1912 (das. Bd. 61 S. 160 ff.), 24. April 1913 (das. Bd. 65 S. 339 ff.), 2. März 1915 (das. Bd. 69 S. 393 ff.), 13. April 1916 (das. Bd. 70 S. 418), 21. Dezember 1916 und 15. März 1917 (das. Bd. 72 S. 290, 294).

[67]) So z. B. in den Urteilen vom 30. April 1877 (Entscheidungen Bd. 2 S. 398: Einem Hufschmied wurde das Beschlagen von Pferden auf dem Bürgersteige verboten. Das Oberverwaltungsgericht begnügt sich mit der Feststellung, daß die Verfügung zu dem ausgesprochenen Zwecke erlassen sei, die Ordnung und Sicherheit des Verkehrs zu fördern. Es lehnt ab zu prüfen, ob bei der Breite der in Rede stehenden Straße das Beschlagen der Pferde vor dem Hause des Klägers nicht ohne Störung des Verkehrs stattfinden konnte, vgl. auch Bühler a. a. O. S. 212), vom 2. Juli 1879 (das. Bd. 7 S. 391: Einer Gesellschaft, die eine öffentliche Fähre betreibt, ist aufgegeben, an der Landungsstelle eine Bedürfnisanstalt zu errichten. Das Oberverwal-

Digitized by Google

in diesen beiden Gruppen von Entscheidungen zutage tritt, sich irgendwie heben ließe[68]). Insbesondere handelt es sich hier nicht um eine Meinungsänderung des Gerichtshofs im Laufe der Zeit; bereits seit dem Anfange seiner Tätigkeit stehen beide Auffassungen nebeneinander. Und Bühler ist im Irrtume, wenn er meint, das Oberverwaltungsgericht habe zunächst den Grundsatz vertreten, daß die Notwendigkeitsfrage oder, was nach Bühler dasselbe sein soll, die „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" bei Polizeiverfügungen von ihm nicht zu prüfen sei, und halte diesen Grundsatz formell auch dauernd aufrecht, habe ihn dann jedoch tatsächlich in neueren Entscheidungen vielfach nicht befolgt und immer häufiger die Notwendigkeitsfrage eingehend geprüft[69]). Er ist zu dieser Ansicht durch

tungsgericht beschränkt sich auf die Prüfung der Frage, „ob der Sachverhalt überhaupt keine tatsächliche Unterlage für das polizeiliche Einschreiten darbietet." Es lehnt dagegen ab zu prüfen, „ob die angeordnete Einrichtung mehr oder minder notwendig erscheint"), vom 9. Januar 1884 (das. Bd. 11 S. 371: Die Klage gegen eine Verfügung, durch die die Polizei die Lagerung von Spiritus in Kellerräumen verbot, solange die Holzdecken dieser nicht mit Wellblech belegt waren, wurde von dem Oberverwaltungsgerichte einfach mit der Begründung abgewiesen, daß die Polizei die angefochtene Anordnung getroffen habe, um die zweifellos vorhandene Gefahr weiter herabzusetzen. Zu prüfen, ob die Anforderungen der Polizei nicht über das Nötige hinausgingen, unterließ der Gerichtshof), vom 18. April 1901 (das. Bd. 39 S. 220: Die Polizei untersagte die Eröffnung einer neu hergestellten Straße, bis eine andere, auf die sie mündete, verbreitert sei, da, solange dieses nicht geschehen, der Verkehr von einer Straße in die andere Gefahren mit sich bringen könne. Das Oberverwaltungsgericht hielt die Verfügung für zu Recht bestehend, lediglich weil sie geeignet war, Gefahren i. S. des § 10 II 17 ALR. vorzubeugen, ohne darauf einzugehen, ob die völlige Sperrung der neuen Straße die „nötige Anstalt" war), vom 28. Oktober 1901 (das. Bd. 40 S. 217: Einem Kaufmann wurde aufgegeben, im Schaufenster aufgestellte mechanisch bewegte Figuren wegzunehmen, da die Ansammlung Schaulustiger den Bürgersteig sperrte. Das Oberverwaltungsgericht hielt die Verfügung aufrecht. Es lehnte ab zu prüfen, ob die Polizei den Störungen des Verkehrs auch in anderer Weise hätte entgegentreten können).

[68]) Vgl. auch Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1899, S. 306 ff.; Friedrichs im Preußischen Verwaltungsblatte Bd. 30 (1908/09), S. 320 f., 336 ff., 369 ff.; W. Jellinek, Gesetz usw. S. 9 f.

[69]) Bühler a. a. O. an zahlreichen Stellen, bes. S. 176, 210, 212 Anm., 216, 295, 311, 315 f.; vgl. auch oben S. 86 Anm. 5. Demgegenüber ist einfach darauf hinzuweisen, daß das Oberverwaltungsgericht bereits im Urteile vom 8. September 1876 (Entscheidungen Bd. 1 S. 326) die Notwendigkeitsfrage aufgeworfen und geprüft hat. Es hebt hier eine polizeiliche Verfügung, welche dem Kläger aufgab, eine nicht konzessionierte Giebel-

Digitized by Google

ein Übersehen des Umstandes geführt, daß die Frage, ob eine polizeiliche Anordnung nötig war, in einem zweifachen Sinne aufgeworfen werden kann. Man kann einmal fragen, ob das Angeordnete „nötig" war, um den polizeilichen Zweck zu erreichen, d. h. ob die Behörde nicht mehr verlangt hat, als unbedingt erforderlich war, um den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen. Man kann aber auch fragen, ob ein polizeiliches Einschreiten im einzelnen Falle notwendig oder „nötig" im Sinne von geboten und zweckmäßig war, d. h. ob es sich vom Standpunkte der Polizei empfahl, überhaupt einzuschreiten, oder ob es, wenn man einschritt, nicht vielleicht aus irgend welchem Grunde ratsam erschien, doch von der völligen Beseitigung der Störung Abstand zu nehmen und sich mit einer Herabminderung zu begnügen, oder auch umgekehrt, ob ein polizeiliches Einschreiten sich lohnte, da mit ihm doch nichts Ganzes und keine volle Befriedigung des polizeilichen Interesses erreicht werden konnte. Wird z. B. durch verschiedene (polnische und deutsche) Schreibweise eines Ortsnamens die öffentliche Ordnung gestört und die Leichtigkeit und Sicherheit des öffentlichen Verkehrs gefährdet, und die Polizei setzt für den öffentlichen Verkehr eine Schreibweise fest, so fragt sich einmal, ob diese Anordnung nötig war, wenn die durch die verschiedene Schreibweise verursachte Verkehrsstörung beseitigt werden soll. Es kann aber auch die weitere Frage aufgeworfen werden, „ob die Störungen so groß gewesen sind, daß sie eine Änderung der Schreibweise unbedingt erforderten, und ob durch die festgestellte Schreibweise Übelstände anderer Art hervorgerufen werden mögen" [70]). Nur zur Erhebung der ersten Frage veranlaßt die Vorschrift des § 10 II 17 ALR., nur sie berührt die Abgrenzung der Befugnisse der Polizei gegenüber den Gewaltunterworfenen, ist eine Rechtsfrage und daher vom Verwaltungsrichter nachzuprüfen. Die zweitgedachte Frage dagegen ist eine reine Ermessensfrage, auf ihre Lösung in einem bestimmten Sinne haben

stube zu beseitigen, mit der Motivierung auf, daß „die Beseitigung der ganzen Stube erst für den hier nicht nachgewiesenen Fall zu fordern sein würde, daß den im Interesse der öffentlichen Sicherheit zu stellenden Anforderungen auf keine andere Weise genügt werden könnte". Weitere Urteile des Oberverwaltungsgerichts aus den ersten Bänden seiner Entscheidungen, in deren Begründung die Frage geprüft ist, ob die Polizei mehr als nötig verlangt hat, sind bei Jebens a. a. O. S. 309—311 angeführt.

[70]) Vgl. das Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 21. September 1900 (Entscheidungen Bd. 38 S. 421 ff).

Digitized by Google

die Gewaltunterworfenen keinen Anspruch, ihre Beantwortung durch die handelnde Polizeibehörde unterliegt daher nicht der Überprüfung durch den Verwaltungsrichter. Demgemäß ist denn auch das Oberverwaltungsgericht in dem hier als Beispiel gewählten Falle wie auch in zahlreichen anderen Fällen verfahren[71]). Es hat

[71]) Wenn Bühler a. a. O. S. 193 zur Begründung des in vorangehender Anm. genannten Urteils vom 21. September 1900 bemerkt: „Der Schluß trägt zwar wieder der Auffassung von der Unüberprüfbarkeit der Notwendigkeitsfrage formale Rechnung, aber die vorhergegangenen Erwägungen sind in Wirklichkeit doch auf eine Prüfung der Notwendigkeitsfrage und nichts Anderes hinausgelaufen" — so übersieht er, daß die vorhergegangenen und die abschließenden Erwägungen sich eben mit zwei verschiedenen Fragen beschäftigen, die das Oberverwaltungsgericht auseinandergehalten, er aber zusammengeworfen hat. Das Oberverwaltungsgericht konstatiert zunächst, daß es das Interesse der öffentlichen Ordnung erfordert, „daß im amtlichen Verkehre für die Bezeichnung einer Ortschaft eine bestimmte, allein maßgebende Schreibweise besteht" (S. 426), daß also die Polizei mit ihrer Anordnung „die äußersten Grenzen des polizeilichen Ermessens" nicht überschritten hat — und diese Feststellung, in Verbindung mit einer Prüfung der Motive der Polizeibehörde (vgl. unten S. 136 f.) gibt für die Entscheidung auch den Ausschlag. Dann geht es auf die „weitere Frage" ein, die Frage der „Notwendigkeit und Angemessenheit" der angegriffenen Verfügung (S. 428) und erklärt sich in dieser für unzuständig. Von Inkonsequenz des Gerichtshofs kann hier nicht die Rede sein. Dasselbe gilt von den Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts im Urteile vom 26. Februar 1896 (Entscheidungen Bd. 29 S. 442), in denen nach Bühlers Ansicht der Gerichtshof gleichfalls die Überprüfung der Notwendigkeitsfrage formell ablehnt, dann sich jedoch tatsächlich auf dieselbe einläßt. Es handelte sich hier um die Frage, ob die Polizei einer Aktiengesellschaft, der von der Stadt die Versorgung dieser mit Wasser vertragsweise übertragen war, die Genehmigung zur Einlegung der Leitungsrohre in eine Straße unter der Bedingung erteilen konnte, daß auf jeder Straßenseite zwei Hydranten angebracht würden, oder mit Anbringung je eines Hydranten auf jeder Seite zufrieden sein mußte, wie solches die klagende Gesellschaft behauptete. Das Oberverwaltungsgericht hat hier überhaupt keine Notwendigkeitsfrage geprüft, auch nicht die objektive, ob die Anordnung nötig war i. S. des § 10 II 17 ALR., lag doch zum Aufwerfen dieser Frage gar keine Veranlassung vor, indem die Polizei bei Erteilung oder Versagung der Genehmigung durch die Vorschrift des § 10 II 17 in keiner Weise gebunden war. — Das übersieht auch Friedrichs bei seiner Bemerkung im Verwaltungsblatte Bd. 30 S. 337r.; vgl. übrigens Entscheidungen Bd. 39 S. 218, 219. — Das Oberverwaltungsgericht ist denn auch gar nicht, wie Bühler behauptet, auf tatsächliche Fragen technischer Natur weiter eingegangen, sondern hat nur, um die Motive zu prüfen, aus denen die Polizeibehörde gehandelt hat, festgestellt, daß und welche derartigen Fragen die Polizeibehörde erwogen hat. Ein Erkenntnis, in dem

Digitized by Google

die auf Grund des Allgemeinen Landrechts sich erhebende Frage, die Frage der objektiven Notwendigkeit oder „des Übermaßes", wie Jellinek sie nennt[72]) geprüft, die Nachprüfung der neben dieser herlaufenden Ermessensfrage, die es gewöhnlich im Anschluß an die Gesetzessprache, als Frage der „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" bezeichnet[73]), dagegen abgelehnt. Und es ist daher hier überall

das Oberverwaltungsgericht die beiden hier in Rede stehenden Fragen gut auseinanderhält, ist auch das Urteil vom 25. November 1901 (Entscheidungen Bd. 40 S. 439), das über die Frage ergeht, ob die Polizei der Gemeinde aufgeben kann, an einer zum Stadtbezirke gehörigen Chausseestrecke, die zwischen bewohnten Häusern hindurchführt, 16 Straßenlaternen aufzustellen und zu speisen. Das Oberverwaltungsgericht sagt, es habe zu prüfen, ob die von der Polizei getroffenen Anstalten sich nur soweit erstrecken, als sie zum Zwecke haben, die vorhandene Gefahr zu beseitigen, d. h. eben, ob die Polizei nicht mehr angeordnet hat, als im objektiven Sinne „nötig" ist. Aus diesem Gesichtspunkte habe es in dem von der Klägerin angeführten Urteile vom 3. Juli 1886 (Entscheidungen Bd. 13 S. 426) die Notwendigkeit der polizeilichen Anordnung geprüft (vgl. hier oben Anm. 66) und erkannt, daß die Polizei, wenn ein Zaun bei Dunkelheit die Passanten eines Weges gefährde, nur die Beleuchtung, nicht die Wegschaffung jenes verlangen dürfe. Im vorliegenden Falle kämen derartige Gesichtspunkte nicht in Betracht. Und das ist richtig. Denn die Abwendung der Gefahr, welche für Passanten einer bestimmten Chausseestrecke durch Eintritt der Dunkelheit entsteht, erfolgt eben in der in den Verkehr am wenigsten eingreifenden Weise durch Beleuchtung derselben. Hätte die Polizei eine Sperrung der Chausseestrecke bei Eintritt der Dunkelheit angeordnet, so hätte das Oberverwaltungsgericht diese Verfügung auf Anfechtung hin wohl aufgehoben, weil sie mehr als „nötig" i. S. des § 10 II 17 ALR. anordnete. Auch hätte das Oberverwaltungsgericht prüfen müssen, ob 16 Laternen zur angemessenen Beleuchtung nötig waren und nicht weniger genügten, sofern die Klägerin nicht, wie geschehen, ihre Beleuchtungspflicht überhaupt, sondern nur die Pflicht, die von der Polizei verlangte Anzahl Laternen aufzustellen, bestritten hätte. „Im übrigen" — heißt es dann weiter in der Urteilsbegründung — „irrt die Klägerin, wenn sie annimmt, daß es Sache des Verwaltungsrichters sei, die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der angegriffenen Verfügung nachzuprüfen", also eben der Frage nachzugehen, ob die Dunkelheit die Passage dieser Chausseestrecke überhaupt so sehr gefährdete, daß ein polizeiliches Einschreiten hier geboten war. Das Oberverwaltungsgericht erklärt sich demnach hier ausdrücklich für zuständig, die objektive Notwendigkeitsfrage zu prüfen, auf die einzugehen in concreto nur keine Veranlassung ist, lehnt aber gleichzeitig die Prüfung der Frage der „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" wegen Unzuständigkeit ab.

[72]) Vgl. besonders im Archive des öffentlichen Rechtes Bd. 32 (1914) S. 596, 601.

[73]) Vgl. § 1 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842, § 17 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850.

Digitized by Google

ungerechtfertigt, dem Gerichtshofe den Vorwurf zu machen, als ob er eine Überprüfung derselben Frage ausdrücklich abgelehnt und sie dann tatsächlich doch vorgenommen habe. Wenn der Gerichtshof übrigens gelegentlich seine Stellungnahme zur Frage der „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" der angegriffenen Verfügung nicht nur aus § 127 des Landesverwaltungsgesetzes, sondern auch aus § 17 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 rechtfertigt[74]), so ist das hier ohne Bedeutung, und es kann für unsere Untersuchung dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift des genannten § 17 wie den Strafrichter, an den sie sich wendet, auch den Verwaltungsrichter bindet[75]), und ob, wenn man dies annimmt, sie auch für die richterliche Überprüfung von selbständigen polizeilichen Verfügungen maßgebend ist[76]). Zwischen § 10

---

[74]) Vgl. Urteil vom 25. November 1901 (Entscheidungen Bd. 40 S. 439). In den meisten Fällen, in denen das Oberverwaltungsgericht sich auf den § 17 berufen hat, handelt es sich um die Überprüfung von Polizeiverordnungen, vgl. Urteil vom 19. Dezember 1911 (Entscheidungen Bd. 61 S. 141) und die in dessen Begründung (S. 142) zitierten weiteren Erkenntnisse.

[75]) Vgl. Friedrichs im Preußischen Verwaltungsblatte Bd. 30 (1908/09) S. 371 f., derselbe Landesverwaltungsgesetz S. 595, auch v. Kamptz-Delius, Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts Bd. 2 S. 281 (Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 26. Januar 1900).

[76]) Zum mindesten die letzte Frage wird man verneinen müssen, denn § 17 hat, wie dies sowohl aus seiner Stellung im Zusammenhange des Gesetzes — von polizeilichen Verfügungen handelt erst § 20 — wie auch aus seiner Bezugnahme auf die §§ 5 und 11 des Gesetzes folgt, lediglich die Überprüfung von Polizeiverordnungen und der auf Grund solcher erlassenen Polizeistrafverfügungen im Auge. Was die Überprüfung dieser aber anlangt, so ist sein Inhalt zweifellos klar und auch mit den vorangehenden Vorschriften des Gesetzes durchaus vereinbar. Die Ansicht Bühlers a. a. O. S. 190 f. aber, daß § 17, indem er die Notwendigkeitsfrage für nicht überprüfbar erkläre, im Widerspruche mit den Bestimmungen der §§ 6 und 12 des Gesetzes steht, nach denen zur Gesetzmäßigkeit der Polizeiverordnung auch gehört, daß sie „nötig" war, um das von der Polizei verfolgte Ziel zu erreichen, und daß es bei diesem nicht zu hebenden Widerspruch im Gesetze selbst geboten sei, „den § 17 Not leiden zu lassen und im rechtsstaatlichen Sinne die Kontrolle der Gerichte auf die Notwendigkeitsfrage auszudehnen" — ist falsch. Wohl hat der Richter auf Grund des § 17, der ihm die Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Polizeiverordnung schlechthin verbietet, doch die Gesetzmäßigkeit derselben — wie dies heute auch allgemein angenommen wird, vgl. Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl., S. 284 ff., auch S. 166 und S. 141 Anm. 4 — schlechthin zu prüfen, also auch zu prüfen, ob ihr Inhalt mit den Vorschriften der §§ 6

Digitized by Google

II 17 des Allgemeinen Landrechts und dem § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes wie zwischen jenem und dem § 1 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Ver-

---

und 12 des Polizeiverwaltungsgesetzes selbst nicht in Widerspruch steht. Hat er darum aber, wenn nun § 6 unter i sagt, daß zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften außer den unter a bis h genannten noch gehört: „alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß" — zu prüfen, ob das, was eine Polizeiverordnung angeordnet hat, im polizeilichen Interesse angeordnet werden mußte?, ob ohne die Polizeiverordnung der polizeiliche Zweck nicht erreicht werden konnte? Und legt das Gesetz so hier und im § 12 dem Richter die Prüfung einer Frage auf, der nachzugehen es ihm in § 17 verbietet? Daß in einem Gesetz ein solcher Widerspruch enthalten ist, kann nur angenommen werden, wenn dieser durch keine Auslegung zu heben ist. Eine solche Auslegung ist hier aber nicht nur möglich, sondern sie liegt auf der Hand; die Auslegung Bühlers ist die gesuchte. In § 6 Buchst. i liegt der Ton auf dem Worte „polizeilich" und nicht auf „muß" (in § 12 auf „polizeiliche Regelung", nicht auf „erfordert wird"). Zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften, will der Gesetzgeber sagen, gehört außer dem unter a bis h Genannten alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen liegt, und was, wenn es im Interesse dieser eine Regelung erfordert, eben „polizeilich geordnet werden muß", d. h. in den Kreis derjenigen Angelegenheit fällt, deren Ordnung nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach § 10 II 17 ALR. „das Amt der Polizei" ist. Ebenso das Oberverwaltungsgericht in zahlreichen Erkenntnissen; vgl. z. B. die Urteile vom 7. März 1898 (Entscheidungen Bd. 34 S. 379) und vom 19. Oktober 1901 (das. Bd. 39 S. 418). Dementsprechend hat das Oberverwaltungsgericht denn auch in Veranlassung von Klagen gegen polizeiliche Verfügungen, die auf Grund von Polizeiverordnungen erlassen waren (vgl. unten S. 134), in konstanter Praxis die Notwendigkeit des Erlasses der Polizeiverordnungen nicht nachgeprüft. Wenn Bühler das Gegenteil behauptet, so ist dies unrichtig, ebenso wie seine Behauptung unrichtig ist, daß die vom Oberverwaltungsgerichte beliebte Prüfung der polizeilichen Motive der Verordnung (über die entsprechende Motivprüfung der polizeilichen Verfügungen vgl. unten S. 136 ff.) „häufig nur die schwache Verhüllung einer regelrechten Überprüfung der objektiven Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage" ist. Das vorgenannte Urteil vom 7. März 1898, das nach Bühlers Ansicht a. a. O. S. 194 ff., ein „instruktives Beispiel" für dieses Verfahren des Oberverwaltungsgerichts bildet, dessen Begründung nach Bühler, wenngleich in ihr die Überprüfurg der Notwendig- und Zweckmäßigkeitsfrage wiederholt ausdrücklich abgelehnt ist, tatsächlich doch zum größten Teile „gar nichts Anderem als eben dieser Frage gegolten hat", stützt bei genauem Zusehen die Behauptung Bühlers jedenfalls in keiner Beziehung. Es handelt sich um die Gültigkeit einer Polizeiverordnung, nach welcher in gewissen Straßen Berlins die Dachgeschoßräume der Vorderhäuser nur als Zubehör-

Digitized by Google

fügungen vom 11. Mai 1842, welch letzterer den Gerichten jede Überprüfung der „Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit" polizeilicher Verfügungen versagt, besteht aber überhaupt kein innerer Zusammenhang, indem diese Gesetzesstellen eben lediglich die Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage in dem von uns festgestellten Sinne im Auge haben, auf Grund des § 10 II 17 ALR. sich aber lediglich die Rechtsfrage der richtigen Maßhaltung erhebt.

---

räume zu den Wohnungen in den anderen Geschossen, nicht als selbständige Wohnungen benutzt werden dürfen. Sie wird vom Kläger mit der Behauptung bestritten, daß die Polizeibehörde sich habe „nicht von Motiven leiten lassen, die als polizeiliche in Betracht kämen," daß die Polizeiverordnung in Wirklichkeit lediglich ästhetische, nicht aber, wie angegeben werde, sanitäre Zwecke verfolge. Das Oberverwaltungsgericht prüft nun lediglich die Stichhaltigkeit dieser klägerischen Behauptung (reine Motivprüfung! vgl. auch Friedrichs im Preußischen Verwaltungsblatte Bd. 30, 1908/09, S. 370 f.). Die Prüfung der Frage, „ob aus dem Inhalte der Verordnung objektiv erkennbar ist, daß sie berechtigten polizeilichen Zwecken dient" (S. 383), führt das Gericht allerdings auch zu einer Prüfung der weiteren Frage: „ob die vorgeschriebenen Maßnahmen objektiv geeignet waren, in sanitätspolizeilicher Hinsicht Fortschritte zu erzielen," allein damit wird doch noch keineswegs, wie Bühler meint, „die ganze Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage" auf einem Umwege hereingebracht. Die „Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage", die hier hereingebracht werden könnte, kann doch nur dahin gehen, ob der Erlaß der Verordnung vom Standpunkt einer guten Verwaltung überhaupt notwendig war, um den erkennbar verfolgten polizeilichen Zweck, hier Zuführung von Luft und Licht und Verminderung der Zahl der Hausbewohner, zu erreichen, oder dahin, ob dieser Zweck nicht durch andere Vorschriften noch vollkommener erreicht werden würde. Diese Frage zu prüfen, hat das Oberverwaltungsgericht ausdrücklich abgelehnt (bes. S. 388), und es hat sich auch tatsächlich gar nicht auf sie eingelassen. Es beschäftigt sich in seinen Erwägungen nur mit der Frage, ob die Bestimmungen der Polizeiverordnung objektiv betrachtet überhaupt als geeignet anerkannt werden müssen, dem verfolgten polizeilichen Zwecke zu dienen, oder, was dasselbe ist, ob die Polizei sich nicht in den Mitteln zur Erreichung dieses Zweckes gänzlich und allgemein vergriffen hat (bes. S. 389) — unserer Ansicht nach eine reine Rechtsfrage, da sie von der Behörde dem Einzelnen gegenüber nur eindeutig, nicht so und auch anders beantwortet werden kann, ebenso W. Jellinek, Gesetz S. 77 ff., 296 ff., 333; anders Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl., S. 289 Anm. 22. — Die Bejahung der Frage, daß ein Mittel an sich geeignet ist, einen bestimmten polizeilichen Zweck zu erreichen, läßt aber noch völlig offen die Frage, ob die Ergreifung dieses Mittels in concreto notwendig war, um diesen Zweck zu erreichen (objektive Notwendigkeitsfrage), sowie auch die Frage, ob es das zweckmäßigste war, das ergriffen werden konnte (Zweckmäßigkeitsfrage).

Digitized by Google

Und es erübrigt sich daher jeder Nachweis, daß die gerichtliche Überprüfung dieser nicht im Widerspruche zu den Bestimmungen der Gesetze von 1842 und 1850 steht[77]).

Der allseitigen Überprüfung der Frage, ob der Eingriff nötig war, dient auch die namentlich in neueren Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts wiederholt angestellte Untersuchung darüber, ob die Polizeibehörde auch die Interessen der betroffenen Einzelnen in Betracht gezogen und gegen die von ihr wahrzunehmenden Interessen der Allgemeinheit abgewogen hat[78]). Denn ist die Polizei verpflichtet, ihre Anordnungen im Einzelfalle nicht lediglich im Hinblick auf das im polizeilichen Interesse zu erstrebende Ziel zu treffen, sondern stets auch die Interessen des betroffenen Einzelnen in Betracht zu ziehen, so kann eine Anordnung als nötig nur angesehen werden, wenn auch ihr Eingriff in die Privatinteressen als verhältnismäßig nicht zu weitgehend erscheint. Und diese Berücksichtigung der Privatinteressen hat auch der auf Rechtsfragen beschränkte Verwaltungsrichter zu überprüfen, wenn man in ihr nicht eine „nur von ethischen Garantien umgebene Pflicht“[79]), sondern eine Rechtspflicht findet, deren Nichtbeachtung den durch das polizeiliche Vorgehen betroffenen Einzelnen „in seinen Rechten verletzt“[80]), und zwar hat der Verwaltungsrichter nicht nur zu prüfen,

[77]) Ein solcher Nachweis muß aber versucht werden, wenn man, wie Bühler die Notwendigkeitsfrage im Sinne des § 10 II 17 ALR. nicht unterscheidet von der, auf die die Gesetze von 1842 und 1850 abzielen. Der Versuch Bühlers aber, nachzuweisen, daß, auch wenn man von seiner Ansicht ausgeht, also trotz der Bestimmungen der Gesetze von 1842 und 1850 der Verwaltungsrichter nach § 10 II 17 ALR. die Notwendigkeitsfrage nachprüfen könnte, ist gänzlich mißlungen. Niemand wird ihm in der ihm selbst „eigentümlich“ erschienenen Deduktion folgen, daß das Verbot der Gesetze von 1842 und 1850 durch den § 10 II 17 ALR. aus dem Jahre 1794 entkräftet sei, der in dem Sinne, wie es heute verstanden werde, erst seit den 1870er Jahren ausgelegt werde „und insofern tatsächlich lex posterior gegenüber jenen Gesetzen ist“, a. a. O. S. 183, vgl. auch S. 179 ff. Richtig dagegen schon W. Jellinek im Archive des öffentlichen Rechtes Bd. 32 (1914) S. 591.

[78]) Vgl. z. B. die Urteile vom 11. Oktober 1906 (Entscheidungen Bd. 49 S. 302 ff.), vom 27. Mai und 3. Oktober 1907 (ds. Bd. 51 S. 288 ff., 313 ff.). Anders dagegen z. B. im Urteile vom 21. März 1877 (das. Bd. 2 S. 394).

[79]) Vgl. G. Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechtes, 2. Aufl., S. 132.

[80]) W. Jellinek, Gesetz usw. S. 342 Anm. 18 sieht in dem „Interessenberücksichtigungsanspruche“ des durch die Verfügung betroffenen Privaten sogar ein bestimmtes vollwertiges subjektives öffentliches Recht.

Digitized by Google

„ob die Polizei das Privatinteresse überhaupt berücksichtigt hat“ [81]), sondern auch, ob es materiell genügend berücksichtigt worden ist, denn aus der Tatsache allein, daß die Polizei nachweislich irgendwie die Privatinteressen in Betracht gezogen hat, läßt sich auf die richtige Maßhaltung der Anordnung noch nicht schließen [82]).

Haltbar ist die ganze im vorangehenden bezeichnete Praxis des Oberverwaltungsgerichts natürlich nur unter der weiteren, bisher stillschweigend als gegeben angenommenen Voraussetzung, daß der § 10 II 17 ALR. überhaupt Ermessenserwägungen der Polizeibehörde, wie sie oben angegeben sind, zuläßt. Bühler meint [83]), daß dem nicht so sei, die Polizei nach § 10 II 17 ALR. vielmehr verpflichtet sei, ohne Zweckmäßigkeitserwägungen gegen jeden polizeiwidrigen Zustand einzuschreiten und anzuordnen, was objektiv „nötig“ ist, um ihn zu beseitigen, daß also auf dem Gebiete des Polizeiverfügungsrechts das Legalitätsprinzip und nicht das Opportunitätsprinzip gelte. Dies soll, wenngleich schon der Wortlaut „ist das Amt der Polizei“ auf das Legalitätsprinzip hinweise, besonders aus einer allgemeinen Erwägung folgen. „Wenn,“ sagt Bühler, „die Polizei einen Angriff nur vornehmen darf, wenn er nötig ist, so ist mit Bejahung der Zulässigkeit des Eingriffs immer gesagt, daß er vorgenommen werden muß, — weil nötig sein doch nichts anderes bedeutet als eben das. Es kann nicht wohl im Verhältnisse der Polizei zum Publikum etwas nötig sein (und daher die Polizei zum Eingriffe berechtigen), gleichzeitig aber für die Polizei vom Standpunkt ihrer inneren Verpflichtung heraus doch wieder nicht nötig sein (und ihr daher die Wahl zwischen Vornahme und Nichtvornahme gestatten).“ Diese Erwägung enthält jedoch Fehlschlüsse: Wenn die Polizei nur Maßnahmen er-

---

[81]) So W. Jellinek a. a. O. S. 342.

[82]) Auf diesem Standpunkte steht auch das Oberverwaltungsgericht. In allen in Anm. 78 genannten Entscheidungen hebt es nicht, wie W. Jellinek wohl annimmt, einfach deshalb auf, weil eine Berücksichtigung der Privatinteressen nicht stattgefunden hat, sondern weil es mangels dieser nicht für erwiesen hält, daß die Verfügung nicht zu weit gegangen ist. So auch Bühler a. a. O. S. 214. Eine Prüfung der Zweckmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ist im Gegensatze zu v. Laun, Freies Ermessen S. 109 Anm. 2 in keinem dieser Urteile zu finden. Ebenso Jellinek, den Bühler a. a. O. mißversteht, wenn er meint, er nehme hier Ermessensprüfungen an; vgl. hier unten Anm. 97.

[83]) a. a. O. S. 181 ff.

Digitized by Google

greifen darf, die in concreto nötig sind, um den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, d. h. ohne welche der polizeiwidrige Zustand eben nicht beseitigt werden kann, so folgt daraus noch nicht, daß die Polizei sie ergreifen muß. Die Maßnahme kann nötig sein zur Behebung des ordnungswidrigen Zustandes, darum aber braucht es noch nicht nötig zu sein, daß dieser Zustand beseitigt wird, seine Beseitigung kann vielmehr in das freie Ermessen der Behörde gestellt sein. Der § 10 II 17 ALR. ist, wie oben dargelegt, als eine Ermächtigung der Polizeibehörde gegenüber dem Publikum aufzufassen. Es kann daher sehr wohl „im Verhältnisse der Polizei zum Publikum etwas nötig sein" in dem Sinne, daß es angeordnet werden muß, um den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, und daher nach § 10 II 17 ALR. auch angeordnet werden darf, „gleichzeitig aber für die Polizei vom Standpunkt ihrer inneren Verpflichtung heraus doch wieder nicht nötig sein", in dem Sinne, daß sie (dem Publikum gegenüber) nicht verpflichtet ist, es anzuordnen [84]). Der Wortlaut des § 10 II 17 ALR. scheint uns aber weder auf das Legalitäts- noch auf das Opportunitätsprinzip hinzuweisen, denn, wenn es heißt, „die nötigen Anstalten zu treffen, ist das Amt der Polizei", so ist damit lediglich gesagt, was zur Polizei, d. h. zur Tätigkeit der Polizeibehörden gehört, ebenso wie in den vorangehenden Paragraphen bestimmt ist, was „zur Zivilgerichtsbarkeit" und „zur Kriminalgerichtsbarkeit gehört"; es handelt sich also lediglich um eine rein objektive Zuständigkeitsbestimmung, in der nach dem oben S. 114 ff. Bemerkten wohl eine Ermächtigung der Behörde enthalten ist, innerhalb der bestimmten Zuständigkeit vorzugehen, nicht aber irgend eine Anweisung an die Behörde in der Richtung, daß sie, wenn im einzelnen Falle die Voraussetzungen ihres Einschreitens gegeben sind, auch zum Einschreiten verpflichtet ist. Allgemeine Erwägungen endlich führen uns zu einem anderen Ergebnis als Bühler: Es ist wohl selbstverständlich, daß zur Zeit des Polizeistaats, als der Grundsatz der

[84]) Daß eine Maßregel, die „im Verhältnisse der Polizei zum Publikum" im objektiven Sinne „nötig" erscheint, um einen polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, in diesem Sinne von allen Standpunkten aus „nötig" erscheinen muß, von denen aus man das Verhältnis auch betrachtet, ist selbstverständlich. Das Wort „nötig" kann aber im verschiedenen Sinne gebraucht werden, und das übersieht Bühler, wenn er die Unvereinbarkeit der beiden oben angeführten Sätze behauptet. Richtig gegen ihn bereits auch Jellinek im Archive des öffentlichen Rechtes Bd. 32 S. 590.

Digitized by Google

gesetzmäßigen Verwaltung überhaupt noch nicht bekannt war, auch für die Polizeibehörden im Verhältnisse zum Publikum — nur auf dieses, nicht auf das etwaige dienstliche Verpflichtetsein der Polizeibeamten kommt es hier an — das Legalitätsprinzip nicht galt, die Polizei vielmehr über ihr Einschreiten im einzelnen Falle sowie über den Umfang ihres Eingriffs nach ihrem Ermessen entscheiden konnte. Wird für die spätere Zeit also etwas Anderes behauptet, so müßte die Rechtsänderung nachgewiesen werden. Dieser Nachweis läßt sich aber nicht führen; denn weder aus § 10 II 17 ALR. noch aus einer späteren Gesetzesvorschrift erhellt, daß der Gesetzgeber im Gebiete des Polizeiverfügungsrechts[85]) grundsätzlich das Legalitätsprinzip hat anerkennen wollen[86]). Und wenn man auf die wenigen anderen deutschen Gesetzgebungen sieht, die in neuerer Zeit allgemeine Grundsätze über das Polizeiverfügungsrecht aufgestellt haben, wie die bayerische und die badische in ihren Polizeistrafgesetzbüchern, so sprechen diese nur von einer Befugnis und nicht von einer Pflicht der Polizei zum Einschreiten[87]). Überdies würde die Annahme des Legalitätsprinzips für das polizeiliche Ein-

---

[85]) Es handelt sich hier natürlich nur um das Recht, Polizeiverfügungen im eigentlichen Sinne zu erlassen; in wieweit bezüglich der Befugnis der Polizeibehörden, polizeiliche Strafverfügungen zu erlassen, das Legalitäts- oder das Opportunitätsprinzip gilt, interessiert hier nicht.

[86]) Eine ausdrückliche allgemeine Anerkennung des Opportunitätsprinzips hat allerdings, soviel ich sehe, auch nicht stattgefunden. Der von Jellinek a. a. O. angezogene § 7 des Streik-Patents vom 29. Juli 1794 betrifft einen besonderen Fall polizeilichen Einschreitens; in dem von Jellinek gleichfalls angezogenen § 3 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen aber, welcher bestimmt: die angefochtene polizeiliche Verfügung „kann jedoch, des Widerspruchs ungeachtet, zur Ausführung gebracht werden, wenn solches nach dem Ermessen der Polizeibehörde ohne Nachteil für das Allgemeine nicht ausgesetzt bleiben kann" (vgl. auch § 53 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung) — kann ich überhaupt keine unzweifelhafte Anerkennung des Opportunitätsprinzips finden. Daraus, daß die Polizeibehörde nach ihrem Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob die Durchführung ihrer Verfügung nicht ohne Nachteil für das Allgemeine bis zur richterlichen Entscheidung ausgesetzt werden kann, folgt nicht notwendig, daß das Einschreiten der Polizeibehörde überhaupt in deren Ermessen gestellt ist und eine Verpflichtung einzuschreiten, für sie nicht bestand.

[87]) Vgl. Badisches Polizeistrafgesetzbuch § 30, Bayerisches Strafgesetzbuch § 20 Abs. 1 und dazu Thoma a. a. O. S. 284 ff., 256 f., 292 und Bühler a. a. O. S. 284 ff., 90 f.

Digitized by Google

schreiten gegen ordnungswidrige Zustände der polizeilichen Tätigkeit auch im Gegensatze zur anderen Verwaltungstätigkeit eine Sonderstellung dem Gesetze gegenüber zuweisen. Wird doch das Wesen der Verwaltung in Rücksicht auf ihre Stellung zum Gesetz allgemein darin gefunden, daß sie nicht wie die Justiz das Gesetz einfach auf den konkreten Tatbestand anzuwenden hat ohne Rücksicht auf die Folgen, die diese Gesetzesanwendung für den Staat und die betroffene Privatperson zeitigt, sondern bei allem Handeln das Ziel zu verfolgen hat, etwas für das Gemeinwohl Zweckmäßiges und Nützliches zu schaffen, daher grundsätzlich auch bei der Anwendung von Gesetzen von Zweckmäßigkeitserwägungen nicht absehen darf [88]). Aus dem Wesen der Verwaltungstätigkeit, die wir polizeiliche nennen, läßt sich nun aber nichts entnehmen, woraus zu schließen wäre, daß sie ihrer Natur nach mehr durch das Gesetz gebunden ist als alle andere Verwaltungstätigkeit.

Selbst da, wo die Polizei nicht auf Grund einer allgemein gefaßten Ermächtigung, wie sie besonders § 10 II 17 ALR. enthält, einschreitet und im Rahmen dieser selbst bestimmt, wozu der in Anspruch Genommene polizeilich verpflichtet sein soll, sondern auch, wo sie vorgeht, lediglich um den Einzelnen anzuhalten, eine ihm schon durch Gesetz oder Verordnung auferlegte polizeiliche Pflicht zu erfüllen, ihre Verfügung also nicht erst die konkrete Verpflichtung des Einzelnen schafft, sondern nur das Vorhandensein dieser konstatiert und ihre Erfüllung verlangt [89]) — kann nicht die Geltung des Legalitätsprinzips angenommen werden [90]). Zwar wird man

[88]) Vgl. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband Bd. 2 S. 450, 505 und die hier angegebene Literatur; auch Fleiner, Institutionen, 3. Aufl., S. 6; Anschütz in v. Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie, 7. Aufl., Bd. 4 S. 169; Schoen das. S. 198 f.

[89]) Über den Unterschied dieser lediglich eine gesetzliche Norm „vollziehenden" polizeilichen Verfügungen, wie sie Thoma, Der Polizeibefehl S. 52 ff. nennt, von den auf Grund allgemeiner Ermächtigungen erlassenen vgl. bes. Thoma a. a. O. §§ 7, 8, 9; S. 69 das. weitere Literaturangaben.

[90]) Anders Thoma, der a. a. O. S. 78 wenigstens für das Gebiet der vollziehenden polizeilichen Verfügungen das Legalitätsprinzip als geltend behauptet. Die Annahme Bühlers a. a. O. S. 182, daß Thoma dieses Prinzip allgemein gelten lassen wolle, ist, wie bereits Jellinek a. a. O. S. 591 richtig bemerkt hat, unzutreffend; polizeiliche Verfügungen, welche erst die konkrete Verpflichtung des Einzelnen schaffen, von ihm „verpflich-

Digitized by Google

annehmen müssen, daß die Polizei regelmäßig gegen jeden einzuschreiten hat, der eine polizeiliche Pflicht nicht erfüllt, die ihm ein Gesetz oder eine Polizeiverordnung auferlegt, z. B. unter Verletzung der Bestimmungen der Bauordnung baut oder sein Treppenhaus nach Eintritt der Dunkelheit nicht beleuchtet. Allein darum braucht hier noch nicht das Legalitätsprinzip zu gelten. Die präsumtive Verpflichtung der Polizei, hier einzuschreiten, ergibt sich einfach daraus, daß die Präsumtion dafür spricht, daß die Nichterfüllung einer polizeilichen Pflicht, die der Gesetzgeber oder der Träger des Polizeiverordnungsrechts den Gewaltunterworfenen allgemein auferlegt, das Gemeinwohl schädigt. Diese Präsumtion ist aber keine unwiderlegliche. Es sind Fälle denkbar, in denen das Gemeinwohl unter der Nichterfüllung einer polizeilichen Pflicht nachweislich überhaupt nicht leidet. Es hat z. B. jemand versehentlich ein Wohnhaus etwas zu weit in die sehr breite Dorfstraße hineingebaut, und dieser Zustand ist jahrelang unbeachtet geblieben, ohne irgendeine Verkehrsstörung zu verursachen; oder es hat jemand seine Villa in einer Straße, in der, um die Anlage von Vorgärten zu sichern, die Baufluchtlinie hinter die Straßenfluchtlinie zurückgerückt ist, versehentlich etwas über jene hinausgebaut und dadurch den Vorgarten verkleinert. Soll die Polizei hier die Hauseigentümer anhalten müssen, ihr Haus bis zur Baufluchtlinie einzureißen, obgleich dies ihnen nur großen Vermögensschaden, der Allgemeinheit aber keinen Vorteil bringen würde? Ja, es sind sogar Fälle denkbar, in denen die Nichterfüllung einer allgemein vorgesehenen polizeilichen Pflicht den Bedürfnissen der Allgemeinheit zurzeit sogar mehr entgegenkommt als ihre Erfüllung. Die Vorschrift der Polizeiverordnung, daß jeder Hausbewohner vom Eintritte der Dunkelheit an sein Treppenhaus zu beleuchten hat, geht von der Voraussetzung aus, daß er die Beleuchtung ohne Schädigung der Allgemeinheit beschaffen kann. Diese Voraussetzung traf nun aber in den letzten Kriegsjahren nicht zu, lag es in ihnen bei der allgemeinen Not an Brennmaterialien doch so sehr im Interesse des Gemeinwohls, die Beleuchtung, wo es nur anging, einzuschränken, daß selbst die ordentliche Beleuchtung der öffentlichen Straßen eingestellt wurde. Soll nun auch bei dieser Sachlage die

tende" genannt, sind auch nach ihm (vgl. S. 69) Ermessensakte. — Gegen Thoma vgl. besonders auch Schultzenstein im Verwaltungsarchive Bd. 15 S. 303 f.

Digitized by Google

Polizei verpflichtet gewesen sein, die Hausbewohner anzuhalten, die Treppenhäuser vorschriftsmäßig zu beleuchten? In der Praxis hat sie es vielerorts nicht getan, indem sie die Erwägung ausschlaggebend sein ließ, daß unter obwaltenden besonderen Verhältnissen dem Gemeinwohle mehr gedient werde durch Ersparung von Gas und elektrischem Strome als durch Realisierung einer auf normale Verhältnisse abgestellten Polizeivorschrift — und das unserer Ansicht nach mit Recht. Die Anerkennung des Legalitätsprinzips würde hier wie in anderen Fällen geradezu zu Absurditäten führen. Auf den Satz „minima non curat praetor" darf aber ein Anhänger des Legalitätsprinzips nicht hinweisen, um ein Nichteinschreiten der Polizei in Fällen wie den erwähnten zu rechtfertigen. Erkennt man die Geltung dieses Satzes für die Polizei an, so gibt man das Legalitätsprinzip preis; denn man gesteht doch der Polizei das Recht zu, im einzelnen Falle zu erwägen, ob die vorliegende Polizeiwidrigkeit so bedeutsam ist, daß das Allgemeininteresse seine Beseitigung fordert oder nicht, läßt also schließlich doch wieder Ermessenserwägungen der Polizei über ihr Einschreiten entscheiden, worin eben das Wesen des Opportunitätsprinzips liegt. Und endlich folgt die Unrichtigkeit der hier vertretenen Ansicht auch nicht aus den anerkannten Grundsätzen über das polizeiliche Dispensationsrecht. Es ist richtig, daß die Polizeibehörde von der Erfüllung einer durch Gesetz oder Polizeiverordnung allgemein vorgeschriebenen Verpflichtung, etwa von einer Vorschrift der Baupolizeiordnung, im einzelnen Falle nur dispensieren kann, wenn ihr das Gesetz oder die Verordnung selbst diese Befugnis beilegt[91]). Allein daraus folgt noch nichts für unsere Frage; denn daraus, daß eine Behörde nicht ohne besondere Ermächtigung im Wege der Verfügung von einer Rechtsnorm dispensieren und damit ein verbotenes Handeln in concreto zu einem erlaubten machen kann, folgt noch nicht, daß diese Behörde sich auch nicht darüber hinwegsetzen darf, wenn ohne ihr Zutun normwidrig gehandelt wird. Die Behörde, welche sich solchem normwidrigen Handeln der Gewaltunterworfenen gegenüber im Einzelfalle passiv verhält, macht dieses Handeln durch ihr Verhalten noch nicht zu einem erlaubten, kann vielmehr jederzeit gegen dasselbe einschreiten und die Herstellung des polizeigemäßen Zustandes verlangen, sobald die Gründe wegfallen, welche ihr bisher die Duldung des polizeiwidrigen Zustandes im gegebenen

[91]) Vgl. Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl., S. 102.

Digitized by Google

Falle mit dem Interesse der Allgemeinheit ausnahmsweise vereinbar erscheinen ließen.

Damit ist die Erörterung der Frage, inwieweit die Notwendigkeit der mit der Verwaltungsklage angegriffenen polizeilichen Verfügung vom Verwaltungsgerichte nachzuprüfen ist, erledigt. Zu beachten ist nur noch, wie bislang davon ausgegangen ist, daß die angefochtene Verfügung auf Grund des § 10 II 17 ALR. oder einer anderen Bestimmung ergangen ist, welche die Polizeibehörde lediglich innerhalb der Grenzen des Nötigen ermächtigt, die in der Delegation bezeichneten Gemeininteressen zu verwirklichen. Ist die Verfügung nicht auf Grund einer solchen, jedes einzelne polizeiliche Vorgehen in die Grenzen des objektiv Nötigen verweisenden Ermächtigung ergangen, so erhebt sich die nach unserer Untersuchung von dem Verwaltungsgerichte zu prüfende Frage, ob in der Verfügung nicht mehr angeordnet ist, als notwendig ist, um einen polizeimäßigen Zustand herzustellen, überhaupt nicht. So, wenn die befehlende oder verbietende Polizeiverfügung auf Grund einer Vorschrift eines Gesetzes oder einer Polizeiverordnung erlassen ist, die selbst die polizeiliche Verpflichtung des Einzelnen bestimmt (vgl. oben S. 131). Denn das, was hier im vorliegenden Einzelfalle nötig ist, hat ja nicht erst die verfügende Polizeibehörde, sondern bereits die allgemeine objektive Norm bestimmt, die die polizeiliche Verfügung lediglich zur Geltung bringt. Das Verwaltungsgericht hat also hier in keiner Beziehung zu prüfen, ob die Verfügung nötig war, sondern nur festzustellen, ob die rechtlichen und tatsächlichen Momente gegeben sind, bei deren Vorhandensein die der Verfügung zugrunde liegende allgemeine Norm die polizeiliche Verpflichtung eintreten läßt, deren Erfüllung von dem Verfügungsadressaten verlangt wird [92]) [93]). Und ebenso entfällt die objektive Notwendigkeits-

[92]) Ebenso Friedrichs im Preußischen Verwaltungsblatte Bd. 30 (1908/09) S. 371 r.; derselbe, Landesverwaltungsgesetz S. 301 Anm. 45; vgl. auch Urteile des Oberverwaltungsgerichts vom 7. März 1898 (Entscheidungen Bd. 34 S. 390) und vom 4. Januar 1917 (das. Bd. 72 S. 378: „Nach Erlaß der Polizeiverordnung ist diese maßgebend und die Ortspolizeibehörde kann nunmehr die Einhaltung der Vorschriften der Polizeiverordnung fordern . . ., ohne daß sie im Einzelfalle an die Schranken des § 10 II 17 ALR. gebunden wäre").

[93]) Über die bei der gerichtlichen Überprüfung auf Grund von Polizeiverordnungen erlassener polizeilicher Verfügungen sich weiter erhebende Frage, ob der Richter auch die Notwendigkeit der Polizeiverordnung zu prüfen hat, vgl. oben Anm. 76.

Digitized by Google

frage gegenüber allen polizeilichen Verfügungen, die die Versagung oder Zurücknahme einer polizeilichen Erlaubnis enthalten, sofern die Polizeibehörde über diese nach freiem Ermessen zu befinden hatte. Denn hat die Polizeibehörde über die Erteilung einer Erlaubnis nach freiem Ermessen zu entscheiden, so ist sie in ihrer Entschließung keineswegs durch § 10 II 17 ALR. gebunden, so daß sie die Erlaubnis erteilen müßte, wenn dessen Voraussetzungen nicht vorliegen[94]).

3. Fassen wir nunmehr das Resultat des Vorangehenden noch einmal zusammen, so ist bislang lediglich das Doppelte festgestellt, daß der Verwaltungsrichter nicht zu prüfen hat, ob die angegriffene Verfügung vom Standpunkte der guten Verwaltung aus gut oder schlecht, geboten oder nicht geboten ist, daß er aber zu prüfen hat, ob die Polizeibehörde die Grenze nicht überschritten hat, welche die ermächtigende Norm, also insbesondere der § 10 II 17 ALR., ihren Ermessenserwägungen zieht. Es fragt sich nun, ob das Verwaltungsgericht diese Erwägungen noch sonst in irgendeiner Richtung hin überprüfen darf. Das Oberverwaltungsgericht tut es in zweifacher Beziehung. Es prüft, ob die Behörde bei ihren innerhalb des ihrem freien Ermessen offengelassenen Raumes angestellten Erwägungen von den richtigen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Beides zweifellos zu Recht: Nicht die Feststellung der Tatsachen ist dem Ermessen anheimgegeben, sondern die Beurteilung der richtig festgestellten Tatsachen[95]). Erst wo diese einsetzt, hört das Prüfungsrecht des Richters auf, dem die Überprüfung von Ermessensfragen entzogen ist. Die Feststellung der Tatsachen, von denen die Ermessenserwägungen ausgehen, hat er also zu prüfen. Ist doch selbstverständlich jede Behörde verpflichtet, Ermessensfragen ebenso wie Rechtsfragen, die sie zu entscheiden hat, nur die richtigen tatsächlichen Voraussetzungen zugrunde zu legen, und zwar nicht nur dienstrechtlich, sondern auch dem Untertanen gegenüber; denn jeder hat einen Anspruch darauf, daß behördliche Entschließungen gegen ihn von dem Tatbestande ausgehen, der wirklich gegeben ist. Die andere Frage aber, ob die Behörde von den richtigen rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist, ist zunächst zum Teil identisch mit der Frage, ob die Behörde

[94]) Ebenso das Oberverwaltungsgericht im Urteile vom 26. Februar 1896 (Entscheidungen Bd. 29 S. 445).

[95]) Vgl. auch W. Jellinek, Gesetz usw. S. 338, 344.

Digitized by Google

die ihrer Ermessensübung gezogenen Grenzen eingehalten hat. Denn eine Grenze des Ermessens bildet nicht nur die Norm, welche den Raum, in dem es sich entfalten darf, nach außen hin abgrenzt, sondern auch jede Rechtsnorm, die Weisungen für seine Handhabung innerhalb dieses ihm offengelassenen Raumes gibt (vgl. auch oben S. 127). Von falschen rechtlichen Voraussetzungen geht die Behörde aber auch aus, wenn sie sich irrtümlich durch eine Rechtsnorm in ihren Ermessenserwägungen gebunden hält, und auch durch ein von dieser irrigen Annahme geleitetes Handeln kann sie den betroffenen Einzelnen in seinen Rechten verletzen, indem sie eben die Sachlage nicht mit der vom Gesetzgeber gewollten Freiheit beurteilt. So z. B. wenn sie in der Entschließung auf ein Gesuch um Erteilung polizeilicher Erlaubnis glaubt, durch eine Vorschrift in bestimmter Richtung gebunden zu sein und daraufhin das Gesuch ablehnt, während sie nach richtiger Rechtsauslegung über das Gesuch nach freiem Ermessen zu befinden hat[96]). Auch die Frage, ob die Polizeibehörde sich nicht in ihren Ermessenserwägungen irrtümlich für gebunden gehalten hat, ist also eine Rechtsfrage und von dem auf Überprüfung dieser beschränkten Verwaltungsrichter zu überprüfen[97]).

B. Die Überprüfung der Ermessensübung in Rücksicht auf ihre Motive.

Neben der Überprüfung der polizeilichen Verfügungen nach den im vorangehenden Paragraphen bezeichneten Richtungen, die

[96]) Vgl. auch das Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 17. Oktober 1883 (Entscheidungen Bd. 10 S. 259), wo es sich allerdings nicht um die Verfügung einer Polizeibehörde, sondern um eine Entschließung eines Kreisausschusses handelt. Dieser hatte in einer Konzessionssache die Frage nach dem Bedürfnis einer neuen Schankstätte lediglich unter Berücksichtigung der Schankstätten und Verhältnisse des kommunalen Bezirkes geglaubt beurteilen zu müssen, in dem diese eröffnet werden sollte, und auf das Ergebnis der unter diesem Gesichtspunkt angestellten Prüfung hin das Gesuch abgelehnt. Darauf entschied das Oberverwaltungsgericht in der Revisionsinstanz, daß die Annahme, die Prüfung des Bedürfnisses sei nach kommunalen Bezirken zu beschränken, in den bestehenden Gesetzen keinen Anhalt finde und die Entscheidung daher wegen unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechtes aufzuheben sei.

[97]) Ebenso W. Jellinek a. a. O. S. 337—339 und S. 343 zu Anm. 21: Wenn er hier von Ermessensfehlern spricht, so sind seine Ermessensfehler doch alle rechtliche Fehler in der Ermessensübung, deren Überprüfung unter die Rechtskontrolle, nicht die Ermessurgskontrolle fällt, vgl. auch W. Jellinek im Archive des öffentlichen Rechtes Bd. 32 (1914) S. 609.

Digitized by Google

gewöhnlich als Überprüfung der äußeren Grenzen des freien Ermessens bezeichnet wird, findet sich in den Urteilsbegründungen des Oberverwaltungsgerichts besonders häufig noch eine Überprüfung der Motive, auf denen die Verfügung beruht. Und auch über diese Motivprüfung herrschen große Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten. Um nur ein paar Ansichten anzuführen, so lehrt z. B. Rosin, daß, da es stillschweigende rechtliche Voraussetzung jeder polizeilichen Anordnung sei, daß sie zugunsten des Gemeinwohls getroffen sei, der Richter, welcher über die Gültigkeit einer polizeilichen Anordnung zu befinden hat, auch zu prüfen habe, ob die erlassende Behörde mit ihr „selbst subjektiv ein Gemeininteresse ... verfolgt habe", und daß dementsprechend auch das Oberverwaltungsgericht verfahre, indem es Verfügungen, die auf Willkür, Pflichtwidrigkeit und Schikane beruhen, reprobiert[98]). Tezner dagegen sagt, der Gerichtshof nehme sich in seinen Urteilsbegründungen wohl oft vor, „eine Polizeiverfügung von dem Gesichtspunkte zu prüfen, ob sie nicht von Willkür des Verfügenden eingegeben sei", bringe diesen Vorsatz aber nicht zur Ausführung. „Es macht den Eindruck, als ob man sich verpflichtet fühle, durch den Ausspruch eines solchen Vorsatzes der communis opinio den Respekt zu bezeugen, um sich nachher nicht mehr um dieselbe zu kümmern". Und dieses tatsächliche Ignorieren einer etwa vorliegenden Willkür des Verfügenden hält Tezner auch für richtig, da es seiner Ansicht nach auf die „subjektive Absicht", die „Willensstimmung des Verfügenden" nicht ankommt[99]). W. Jellinek wieder scheint zunächst die Ausführungen Tezners zu billigen, wenn er sagt, die in den Urteilsbegründungen des Oberverwaltungsgerichts häufig wiederkehrende Formel, die Verfügung dürfe nicht „auf Willkür oder sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde" beruhen, ist „nur eine Redensart", sie werde „nicht als Waffe gegen die

[98]) Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl., S. 289 Anm. 22, Artikel „Polizeiliche Verfügungen" in v. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch Bd. 3 S. 110 ff.

[99]) Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen S. 98 ff. bes. 100. Das von Tezner angezogene Urteil vom 17. Dezember 1881 (Entscheidungen Bd. 9 S. 400) deckt übrigens seine Ausführungen durchaus nicht. Das Oberverwaltungsgericht verweist ja ausdrücklich deshalb in die Berufungsinstanz zurück, um dem Beklagten Möglichkeit und Anlaß zu geben, sich über die Motive zur Verfügung zu äußern, da aus der Sachlage polizeiliche Motive nicht erkennbar sind.

Digitized by Google

polizeiliche Verfügung verwendet, sondern nur in verneinendem Sinne, nämlich zur Belehrung des Anfechtenden, daß das Vorgehen der Polizei den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit nicht verdient", daher denn auch vom Oberverwaltungsgericht „eine polizeiliche Verfügung noch nie wegen „Pflichtwidrigkeit" oder „Schikane" außer Kraft gesetzt worden" sei. Allein er macht dann doch sogleich darauf aufmerksam, daß er damit nicht jede richterliche Überprüfung der Motive für ausgeschlossen oder auch nur bedeutungslos erklären will; nur die Überprüfung der subjektiven Willensstimmung und des Verschuldens des verfügenden Organs soll als dem Untertanen gegenüber ohne praktischen Wert abgelehnt sein, nicht auch die Überprüfung der behördlichen Erwägungen daraufhin, ob sie nicht die erforderliche Sorgfalt vermissen lassen oder gar von der Auffassung ausgehen, daß die Behörde nach freiem Belieben schalten dürfe [100]).

Versucht man nun diesen und anderen, zum Teil recht unklar gehaltenen Beurteilungen der Praxis des Oberverwaltungsgerichts gegenüber Stellung zu nehmen, so kann eine solche nur auf Grund sorgfältiger Durchsicht der zahlreichen in Betracht kommenden Entscheidungen des Gerichtshofs gefunden werden — eine Arbeit, der sich von den vorgenannten Schriftstellern nur Jellinek unterzogen hat, während die anderen sich lediglich im Hinblick auf einzelne Entscheidungen ein Urteil gebildet oder auch eine vorgefaßte Auffassung durch gerade geeignet erscheinende Entscheidungen gestützt haben. Überblickt man aber die sämtlichen in der offiziellen Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts veröffentlichten Urteile [101]), in denen der Gerichtshof auf eine Prüfung der Motive zu sprechen kommt, so fragt man sich zunächst, was er unter solcher versteht, denn die Formeln, mit denen er sie umschreibt, sind verschieden und keineswegs eindeutig. Will der Gerichtshof, wenn er sagt, es soll geprüft werden, ob die angegriffene Verfügung

[100]) W. Jellinek, Gesetz usw. S. 65 f.

[101]) Die außerhalb der im amtlichen Auftrage herausgegebenen Sammlung, insbesondere auch die im Preußischen Verwaltungsblatte mitgeteilten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts sind hier wie auch im vorangehenden grundsätzlich nicht berücksichtigt, weil sie vom Gerichtshofe selbst nicht in dem Maße als Zeugnis seiner Rechtsauffassung gewertet werden, wie die in der amtlichen Sammlung veröffentlichten. Übrigens verändern sie, soweit der Verfasser sie durchgesehen hat, das aus diesen gewonnene Bild durchaus nicht.

Digitized by Google

„zu polizeilichen Zwecken" erlassen ist, oder ob sie „jedes objektiven polizeilichen Motivs entbehre", ob sie „nicht sowohl auf objektiven polizeilichen Motiven als vielmehr auf Willkür oder sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde" beruhe, ob nicht „aus Schikane oder in Willkür gehandelt ist", nicht „pflichtwidrig, auf die persönliche Verletzung und Schädigung des Klägers ausgegangen sei" — es abstellen auf die Willensstimmung des Verfügenden, darauf, ob dieser die subjektive Absicht gehabt hat, mit der Verfügung polizeiliche Interessen zu verwirklichen? Oder will er es darauf abstellen, ob aus den vorliegenden Tatsachen sich objektive polizeiliche Motive für die angefochtene Verfügung ergeben? Eine sichere Antwort läßt sich auf diese Fragen nicht geben. Überwiegend hat der Gerichtshof zweifellos die letztgedachte Intention gehabt. Es findet sich, soweit ich sehe, kein Fall, in dem der Gerichtshof der Willensstimmung des Verfügenden wirklich nachgegangen ist und auf sie die Entscheidung begründet hat[102]), auch da nicht, wo er die Frage, ob Schikane oder Absicht, den Kläger zu schädigen, vorliegt, ausdrücklich aufgeworfen hat. Sofern er auf diese Frage überhaupt eine motivierte Antwort gibt und sie nicht einfach mit der Bemerkung abtut, daß jeder Anhalt für ihre Bejahung fehlt[103]), findet er sie aus der Würdigung der festgestellten tatsächlichen Verhältnisse, bei der er naturgemäß besonders auch die Ausführungen in den polizeilichen Akten und die Erklärungen der Polizeibehörde in der münd-

---

[102]) Der Fall, den Kunze, Das Verwaltungsstreitverfahren, Berlin 1918, S. 195, wohl aus der eigenen Praxis erwähnt, ist, sofern er überhaupt vom Oberverwaltungsgericht und nicht lediglich von einer unteren Instanz entschieden ist, amtlich jedenfalls nicht veröffentlicht. Hier hatte ein Landrat einem Wirtschaftsinspektor, der wegen einer jagdpolizeilichen Übertretung bestraft worden war, den Jagdschein entzogen, während er einem Gutsbesitzer, der wegen derselben Übertretung bestraft war, den Jagdschein beließ und dann als Grund der verschiedenen Behandlung der beiden Fälle angegeben, daß der Inspektor, sein politischer Gegner, „politisch tot" gemacht werden müsse. Daraufhin hatte der Verwaltungsrichter die Verfügung des Landrats als willkürlich aufgehoben. Zu demselben Urteile wäre der Verwaltungsrichter übrigens auch gekommen bei völliger Ignorierung der subjektiven Willensstimmung des Landrats von dem rein objektiven Gesichtspunkt aus, daß es an jedem objektiven polizeilichen Grunde fehlt, den Inspektor anders zu behandeln als den Gutsbesitzer.

[103]) So z. B. in den Urteilen vom 21. März 1877 (Entscheidungen Bd. 2 S. 394), 14. Mai 1892 (das. Bd. 23 S. 392), 21. Februar 1900 (das. Bd. 37 S. 345), 9. März 1911 (das. Bd. 58 S. 275).

Digitized by Google

lichen Verhandlung berücksichtigt[104]). Es kommt dem Gerichtshofe danach lediglich darauf an, ob nach den tatsächlichen Verhältnissen polizeiliche Gesichtspunkte den Erlaß der Verfügung rechtfertigen, nicht darauf, ob der verfügende Beamte sie seiner subjektiven Absicht nach auch wirklich aus solchen erlassen hat. Dem entspricht es auch, wenn der Gerichtshof wiederholt ausdrücklich erklärt: „Für die Zulässigkeit des Einschreitens kann es nicht auf die infolge der Berichte gewonnene Überzeugung der Polizeibehörde, sondern allein darauf ankommen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet sei“[105]) — oder wenn er einmal sagt: Jeder polizeilichen Verfügung muß „ein objektiv erkennbares, polizeiliches Motiv zugrunde liegen“[106]). Das kann doch nur heißen sollen, es müssen aus der Lage der äußeren Verhältnisse zu entnehmende Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, daß die Verfügung aus polizeilichen Erwägungen erlassen ist; auf die lediglich einen internen Vorgang ausmachende Willensstimmung des Beamten wird nicht abgestellt. Und dies gilt auch da, wo der Gerichtshof untersucht, ob nicht „aus Willkür oder in Schikane“ gehandelt ist, denn er verbindet mit diesen Ausdrücken nicht die Vorstellung, als ob sie notwendig ein pflichtvergessenes, disziplinarisch rügbares, also subjektiv fehlerhaftes Handeln der Beamten bezeichneten, sondern will mit ihnen, wie er dies auch ausdrücklich sagt, nur dasselbe sagen wie mit dem Ausdrucke: „Handeln ohne jedes polizeiliche Motiv“[107]), mit dem das fragliche Handeln lediglich als ein objektiv mangelhaftes charakterisiert wird. Gelegentlich tritt dieser Auffassung des Gerichtshofes aber auch eine andere zur Seite, wenn er in Urteilsgründen ausführt, die Klage könnte Erfolg haben, wenn sich dartun ließe,

---

[104]) Vgl. z. B. die Urteile vom 8. Januar 1884 (Entscheidungen Bd. 11 S. 371: zum Nachweise, daß das Verfahren der Behörde sich von objektiven polizeilichen Gesichtspunkten leiten läßt, nicht aber von leerer Willkür eingegeben ist, genügt, daß sich ihr Verlangen auf ein Sachverständigengutachten stützt), 26. Februar 1896 (das. Bd. 29 S. 446), 15. April 1902 (das. Bd. 41 S. 416), 4. Juli 1902 (das. Bd. 42 S. 399), 9. Juni 1910 (das. Bd. 57 S. 385), 16. Juni 1914 (das. Bd. 68 S. 427).

[105]) Urteil vom 21. September 1903 (Entscheidungen Bd. 44 S. 343); vgl. auch Urteile vom 13. Juni 1891 und 13. Februar 1901 (das. Bd. 21 S. 400, 408 und Bd. 39 S. 295).

[106]) Urteil vom 4. März 1901 (Entscheidungen Bd. 39 S. 367).

[107]) Urteil vom 9. März 1911 (Entscheidungen Bd. 58 S. 274).

Digitized by Google

daß die Polizeibehörde bei der Verfügung „pflichtwidrig, auf die persönliche Verletzung und Schädigung des Klägers ausgegangen sei“ [108]). Und daraus erklärt sich die verschiedene Beurteilung seiner Praxis, die darum jedoch keineswegs eine gleich zutreffende ist. Tezner und Jellinek treffen im allgemeinen das Richtige mit der Bemerkung, daß die vom Gerichtshofe beliebte Formel, „eine polizeiliche Verfügung dürfe nicht ‚auf Willkür oder sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde‘ beruhen“, sofern man unterstelle, sie ziele auf die subjektive Willensstimmung des verfügenden Beamten ab, nur eine Redensart sei, mit der kein Ernst gemacht werde. Rosin dagegen gibt ein durchaus unrichtiges Bild von der Praxis, wenn man aus seiner Darstellung die Ansicht gewinnen muß, daß der Gerichtshof wirklich gewöhnlich prüfe, ob der verfügende Beamte selbst subjektiv ein Gemeininteresse verfolgt habe, und bei verneinender Beantwortung dieser Frage die Verfügung reprobiere [109]).

Fragt man nun aber, welche Auffassung des Gerichtshofs die richtige ist, so kann dies nur die sein, daß das Gericht sich lediglich daran zu halten hat, ob objektiv erkennbar polizeiliche Motive vorhanden sind oder nicht — dies schon im Hinblick auf Ziff. 2 des § 127 Abs. 3 LVG. Ist nach dieser die Klage doch schon abzuweisen, wenn „die tatsächlichen Voraussetzungen“ „die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden“, d. h. wenn nach dem als richtig festgestellten Tatbestande die Polizeibehörde die Verfügung hätte erlassen können. Diese Voraussetzung ist aber erfüllt, wenn der Sachlage nach die Verfügung sich überhaupt aus einem objektiven polizeilichen Motive rechtfertigen läßt; auf das persönliche Motiv, aus dem der Beamte sie tatsächlich erlassen hat, kommt es nicht an, es genügt, daß sich ihr objektive polizeiliche Gründe unterschieben lassen. Vgl. auch oben S. 99. Das Oberverwaltungsgericht argumentiert offenbar anders. Es hält dafür, daß zu den „tatsächlichen Voraussetzungen“ einer Verfügung auch die Motive gehören, aus denen sie tatsächlich erlassen ist [110]),

[108]) So z. B. Urteil vom 3. Dezember 1906 (Entscheidungen Bd. 50 S. 369).

[109]) In keiner der von Rosin angezogenen Entscheidungen (Bd. 2 S. 393, Bd. 3 S. 337, Bd. 7 S. 310, Bd. 8 S. 293) ist solches tatsächlich geschehen.

[110]) Vgl. z. B. Urteil vom 27. April 1881 (Entscheidungen Bd. 7 S. 307), vom 17. Dezember 1881 (das. Bd. 9 S. 404), vom 14. Mai 1892 (das. Bd. 23 S. 392).

Digitized by Google

und meint daher auch zur Überprüfung dieser auf Grund der Ziff. 2 berechtigt zu sein, wenngleich es, wie gesagt, von dieser Befugnis regelmäßig keinen Gebrauch macht. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Bei „tatsächlichen Voraussetzungen" ist doch zunächst nur an den Tatbestand zu denken, der der Verfügung zugrunde liegt, und lediglich die Überprüfung dieses, die „Prüfung der Tatsachen", „des streitigen Sachmaterials" hat der Gesetzgeber auch, wie aus den Materialien des Gesetzes unzweifelhaft hervorgeht[111]), dem Verwaltungsrichter überweisen wollen, nicht auch weiter noch die der Motive. Auf Ziff. 2 kann also eine Motivprüfung überhaupt nicht gestützt werden, mag man darunter eine Prüfung der subjektiven Erwägungen verstehen, welche den Beamten zum Erlasse der Verfügung bestimmt haben, oder eine Prüfung der Frage, ob die Verfügung sich auf Grund des Tatbestandes durch objektive polizeiliche Motive rechtfertigen läßt. Auf Grund der Ziff. 1 des § 127 Abs. 3 kann aber der Verwaltungsrichter die maßgebend gewesene Willensstimmung des Beamten auch nicht nachprüfen, denn dadurch, daß diese bei Erlaß der Verfügung nicht auf Verfolgung eines polizeilichen Zweckes gerichtet war, wird noch niemand in seinen Rechten verletzt, sofern nur die Verfügung an sich keine Rechtsnorm verletzt[112]). Daß, wenn es auf die subjektive Absicht des verfügenden Beamten ankäme, die Findung des richtigen Urteils meist auf große Schwierigkeiten stoßen würde, da das Verwaltungsgericht keine Macht besitzt, den Beamten zur Offenbarung der inneren Gründe seiner Entschließung zu zwingen[113]), dieser aber sie, wenn sie unsachliche waren, regelmäßig nicht mitteilen, vielmehr sein Handeln durch untergeschobene objektive Motive rechtfertigen wird, mag nur nebenbei erwähnt werden. Irgendwie ausschlaggebend ist dieser Umstand natürlich nicht. Käme es auf die Absicht des Beam-

[111]) Vgl. oben S. 89.

[112]) In diesem Sinne besonders Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen S. 98 f., welcher zu dem Ergebnisse kommt, es „würde selbst das offene Bekenntnis, daß es sich um einen politischen Vergeltungsakt handle, die Kompetenz der Verwaltungsgerichte zur Aufhebung polizeilich gebotener Verfügungen nicht begründen können." Geradezu entgegengesetzt besonders Kunze a. a. O. (oben Anm. 102), welcher meint, wenn die Polizei die inneren Gründe ihrer Entschließung offenbart und nach diesen ihr Handeln schikanös oder willkürlich erscheint, so müsse der Verwaltungsrichter die Verfügung aufheben, „selbst wenn der Polizei der Buchstabe des Gesetzes zur Seite steht".

[113]) Vgl. auch Kunze a. a. O.

Digitized by Google

ten an, und offenbarte dieser sie nicht freiwillig, so müßte der Verwaltungsrichter versuchen, sie durch Zeugenvernehmungen und andere Beweiserhebungen zu ermitteln, ebenso, wie der Strafrichter oft darauf angewiesen ist, aus solchen den Vorsatz des Angeklagten zu ermitteln.

Darauf aber ist noch hinzuweisen, daß eine Verfügung, die einem unzulässigen subjektiven Motiv entsprungen ist, wenngleich sie für sich betrachtet keine Rechtsnorm verletzt, bisweilen doch unter dem Gesichtspunkt auch objektiv fehlerhaft erscheint, daß sie gegen den Grundsatz der gleichen Behandlung verstößt, dessen Geltung heute allgemein aus dem Wesen der „gesetzmäßigen Verwaltung" hergeleitet wird [114]), in Preußen aber auch verfassungsmäßig anerkannt ist in dem Grundrechte der Gleichheit vor dem Gesetze (Verfassungsurkunde Art. 4). Denn vielfach wird eben da, wo subjektive Willkür oder Schikane eine Verfügung diktiert hat, anders entschieden sein als es bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und der Rechtslage sonst geschehen ist. Daß auch das Individuum sich dem Verwaltungsrichter gegenüber auf diesen Grundsatz berufen kann, folgt aus dem oben S. 91 f. Erörterten, denn ist dem Einzelnen auch nicht ein wahres subjektives Recht auf die gleiche Behandlung mit anderen gegeben [115]), sondern wirkt zu seinen Gunsten lediglich der Reflex einer im Interesse der Gesamtheit aufgestellten öffentlichen Norm [116]), so wird der, dem gegenüber diese Norm nicht beachtet ist, doch im Sinne des § 127 Abs. 3 Ziff. 1 LVG. „in seinen Rechten" verletzt; es ist in seinen Rechtskreis weiter oder anders eingegriffen, als es die objektive Norm gestattet (oben S. 93). Das Oberverwaltungsgericht hat zum Grundsatze der gleichmäßigen Behandlung allerdings noch nicht entschieden Stellung genommen. Wiederholt ist es über das Vorbringen des Klägers, schlechter behandelt zu sein als andere, mit der Bemerkung hinweggegangen, daß solche verschiedene Behandlung noch nicht „ohne weiteres" Schikane der Behörde beweise [117]), was zweifellos

[114]) So besonders Fleiner, Institutionen, 3. Aufl., S. 131.

[115]) Anders W. Jellinek, Gesetz S. 326.

[116]) Vgl. G. Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechtes, 2. Aufl., S. 135; Schoen, Verwaltungsrecht in v. Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie, 7. Aufl., Bd. 4 S. 276.

[117]) Vgl. Urteile vom 9. Oktober 1877 (Entscheidungen Bd. 3 S. 337) und vom 3. Dezember 1906 (das. Bd. 50 S. 369); auch W. Jellinek a. a. O. S. 324 Anm. 9.

Digitized by Google

richtig ist, aber nicht dem entgegensteht, daß die angegriffene Verfügung, weil sie gegen den Grundsatz der gleichen Behandlung verstößt, rein objektiv fehlerhaft und daher aufzuheben ist. Dann hat der Gerichtshof aber auch wieder einer Klage stattgegeben, weil es „an jedem erkennbaren Anhalte, der eine verschiedenartige Behandlung des Klägers zu rechtfertigen vermöchte", fehlt [118]) [119]). Daß der Gerichtshof überhaupt nur vereinzelt zum Grundsatze der gleichen

[118]) Also wegen Verletzung der objektiven Norm, des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung, nicht deshalb, weil man aus der ungleichen Behandlung auf Schikane, unzulässige subjektive Willensstimmung des Beamten, schließen könne. Auch diese naheliegende Schlußfolgerung macht das Oberverwaltungsgericht gelegentlich, vgl. Urteil vom 9. Februar 1881 (Preußisches Verwaltungsblatt Bd. 2 S. 214 r.) und umgekehrt Urteil vom 9. Januar 1884 (Entscheidungen Bd. 11 S. 372).

[119]) So Urteil vom 18. Mai 1909 (Entscheidungen Bd. 54 S. 266). Wenn dies Urteil, betr. die Aufstellung von Strandkörben am Seebadestrande, regelmäßig als Beleg dafür angeführt wird, daß das Oberverwaltungsgericht die Motive nachprüft und aufhebt, wenn nicht polizeiliche nachweisbar sind (so v. Laun, Freies Ermessen S. 211; Fleiner a. a. O. § 9 Anm. 4), so ist dies nicht recht zutreffend. Bereits der Beschwerdebescheid des Regierungspräsidenten, gegen den die Klage an das Oberverwaltungsgericht erhoben war, hatte die ortspolizeiliche Verfügung insofern beseitigt, als mit ihr ein nichtpolizeilicher Zweck (Wahrung der Interessen der kommunalen Finanzwirtschaft) vom Amtsvorsteher verfolgt war. Das Oberverwaltungsgericht hat dann die Motivprüfung des Regierungspräsidenten wohl für zutreffend erklärt, die gänzliche Aufhebung der ortspolizeilichen Verfügung aber eben damit begründet, daß es an jedem Anhalte dafür fehle, den Kläger anders als andere Strandkorbbesitzer zu behandeln. Vgl. auch W. Jellinek a. a. O. S. 326 Anm. 13, S. 335 Anm. Wenn Jellinek jedoch meint, daß ungleiche Behandlung auch in dem Erkenntnisse vom 23. Januar 1903 (Entscheidungen Bd. 42 S. 413) als Anfechtungsgrund wirksam gewesen sei, so ist dies unzutreffend. Das Oberverwaltungsgericht hebt hier eine Verfügung, welche die Abhaltung einer Versammlung in einem Wohnhause verbietet, weil die Räume nicht die nötige Gewähr für die Sicherheit einer größeren Anzahl von Personen böten, mit der Begründung auf, daß die Polizei die Abhaltung einer Versammlung in einem Hause wegen dessen baulicher Beschaffenheit nicht gänzlich verbieten dürfe, wenn sie den Aufenthalt von Menschen daselbst zu anderen Zwecken gestattet. Diese Begründung beruht aber zweifellos allein auf der richtigen Erwägung, daß die Polizei, welche sich nicht darauf beschränke, die Ansammlung von Personen in einem Wohnhaus „über eine bestimmte Zahl hinaus" zu verbieten, mehr verlangt, als was nötig ist i. S. des § 10 II 17 ALR., und das Gericht hat gar nicht daran gedacht, den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung heranzuziehen, kann man doch auch die Benutzung eines Hauses zum Bewohnen und zur Abhaltung einer Versammlung nicht als etwas Gleiches ansehen.

Digitized by Google

Behandlung Stellung genommen hat, ist einfach daraus zu erklären, daß der durch eine polizeiliche Verfügung Betroffene nur selten in der Lage ist, eine Verletzung dieses Grundsatzes zu behaupten und einen dem seinen durchaus gleichliegenden Fall nachzuweisen, in dem die Behörde anders vorgegangen ist [120]).

Halten wir nach dem Vorangehenden also die verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Willensstimmung des Beamten weder auf Grund der Ziff. 1 noch der Ziff. 2 des § 127 Abs. 3 LVG. für zulässig, so scheint dagegen das Verwaltungsgericht berufen, die Frage zu überprüfen, ob der Verfügung ein objektiv erkennbares polizeiliches Motiv zugrunde liegt oder sie sich nach Maßgabe des Tatbestandes doch durch ein solches halten läßt (oben S. 140), und zwar auf Grund der genannten Ziff. 1, indem diese Frage eine reine Rechtsfrage ist [121]). Die Polizeibehörden sind, sofern nicht ihr Eingreifen durch eine Spezialvorschrift besonders geregelt ist, polizeilich vorzugehen nur ermächtigt, um die vom Gesetzgeber im allgemeinen in § 10 II 17 ALR. als polizeilich anerkannten Zwecke zu verfolgen. Und diese Gebundenheit der Polizeibehörden an bestimmte zu verfolgende Ziele besteht nicht nur nach innen hin, sondern auch gegenüber dem Publikum (vgl. oben S. 114). Ordnet daher eine Polizeibehörde etwas an, was nicht in concreto einem als polizeilich anerkannten Zwecke dienen kann, so verletzt sie eine Rechtsnorm und damit die von ihrer Anordnung Betroffenen „in ihren Rechten". Prüft das Verwaltungsgericht also eine polizeiliche Verfügung daraufhin nach, ob sie einem polizeilichen Zwecke dienen konnte, so überprüft es eine Rechts- und nicht eine Ermessensfrage [122]). Ist das Handeln einer Behörde auf ein anderes Ziel gerichtet als das, dessen Verfolgung der Gesetzgeber ihr allein erlaubt, so liegt einfach eine Verletzung des objektiven Rechtes vor, die man — die Rechtslage genau betrachtet — auch nicht als „fehlerhafte Anwendung des freien Ermessens" charakterisieren kann [123]). Ermessen kann richtig wie auch fehlerhaft nur geübt werden in dem

[120]) Vgl. auch W. Jellinek a. a. O. S. 324.

[121]) Vgl. oben S. 101.

[122]) Vgl. auch Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 1914 (Entscheidungen Bd. 61 S. 142): „Richtig ist . . ., daß die Prüfung der Rechtsgültigkeit auch die Frage umfaßt, ob für die polizeilichen Vorschriften auch ein polizeilicher Beweggrund erkennbar ist."

[123]) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 166; dagegen schon oben S. 101.

Digitized by Google

Raume, den das Recht für Ermessenserwägungen offen gelassen hat. Wo jede Ermessenserwägung ausgeschlossen ist, kann auch nicht von fehlerhafter Anwendung des freien Ermessens gesprochen werden[124]). Das objektive Recht schließt aber jede Ermessenserwägung der Polizeibehörde aus, die nicht der Erreichung eines polizeilichen Zweckes dient.

Fragt man nun noch, in welchem Umfange das Oberverwaltungsgericht den Grundsatz, daß die Motive nachzuprüfen sind, in der Praxis auch tatsächlich befolgt hat, so ergibt sich aus den Entscheidungen folgendes Bild: Gewöhnlich geht der Gerichtshof den Motiven nur in Fällen nach, in denen die objektive Notwendigkeitsfrage — d. h. nach dem oben Erörterten die Frage, ob das Angeordnete nicht über das hinausging, was im polizeilichen Interesse erforderlich war — den tatsächlichen Verhältnissen nach nicht gegeben ist, oder von ihm doch nicht überprüft ist, wenngleich sie der Sachlage nach wohl erhoben werden konnte[125]). Nur vereinzelt begegnen dagegen Urteile, in deren Begründung der Gerichtshof die Motive der Verfügung neben der objektiven Notwendigkeitsfrage besonders überprüft[126]). Es scheint also, als ob das Oberverwaltungsgericht den Motiven der Verfügung je nach der Sachlage im einzelnen Falle eine verschiedene Bedeutung beimißt, allein

[124]) So richtig auch das Oberverwaltungsgericht in dem in vorangehender Anm. 107 genannten Urteil: „in Wirklichkeit keine Übung dieses Ermessens vorliegt."

[125]) Hierher gehören z. B. die oben Anm. 67 angeführten Urteile, in denen der Sachlage nach die Frage, ob die Polizei nicht mehr verlangt hat, als zur Wahrung ihrer Interessen nötig war, gegeben und vom Gerichte zu prüfen war, dieses aber die Frage nicht aufgeworfen und geprüft und statt ihrer lediglich die Motivfrage ventiliert hat. Die oben Anm. 71 bereits besprochenen Urteile vom 21. September 1900 und 26. Februar 1896 dagegen, welche nach Bühler seine, unserer Ansicht nach unzutreffende, Behauptung beweisen sollten, daß das Oberverwaltungsgericht die Motivprüfung eingeführt habe als Ersatz für die zu Unrecht versagte Prüfung der objektiven Notwendigkeitsfrage (a. a. O. S. 174, 192) gehören, richtig verstanden, nicht hierher: In dem durch das Urteil vom 26. Februar 1896 entschiedenen Falle war zur Erhebung der objektiven Notwendigkeitsfrage überhaupt kein Raum. In den Entscheidungsgründen des Urteils vom 21. September 1900 dageger hat das Oberverwaltungsgericht die Motivfrage nicht an Stelle, sondern neben der objektiven Notwendigkeitsfrage geprüft.

[126]) Vgl. das oben Anm. 71 und in vorstehender Anmerkung besprochene Urteil vom 21. September 1900 und das Urteil vom 25. November 1901 (Entscheidungen Bd. 40 S. 439).

Digitized by Google

dem ist bei näherem Zusehen doch nicht so. Verschieden ist lediglich die äußere Gestaltung der Motivprüfung; irgendwie hat eine solche aber meistens stattgefunden. Nur in der einen Gruppe von Fällen tritt sie allerdings als ein besonderer Teil der richterlichen Erwägungen hervor, in der anderen dagegen, nämlich da, wo die Notwendigkeitsfrage nachgeprüft wird, geht sie in der Überprüfung dieser auf, indem die Bejahung der objektiven Notwendigkeitsfrage auch die Bejahung der Frage, ob objektive polizeiliche Motive gegeben sind, enthält[127]). Denn wird vom Verwaltungsgerichte festgestellt, daß eine auf Grund des § 10 II 17 ALR. erlassene Verfügung nicht mehr angeordnet hat, als was im Sinne dieser Vorschrift „nötig", d. h. erforderlich, war, um einen polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, so ist damit auch festgestellt, daß diese Verfügung der Erreichung objektiv polizeilicher Zwecke dient. Denn „nötig" im Sinne des § 10 II 17 ALR. ist nur eine Anordnung, die im polizeilichen Interesse erforderlich ist.

Entfällt dagegen einer polizeilichen Verfügung gegenüber die Frage der objektiven Notwendigkeit (vgl. oben S. 134) oder wird diese doch vom Gerichte zu Unrecht nicht geprüft, so bleibt für das Verwaltungsgericht die Überprüfung der Motive als eine selbständige Aufgabe übrig. Eine praktische Bedeutung hat sie aber auch hier keineswegs allgemein, sondern nur gegenüber Verfügungen, die nicht lediglich auf die Verwirklichung einer bereits in einer allgemeinen Rechtsnorm speziell formulierten Verpflichtung gerichtet sind. Denn eine Verfügung, die lediglich feststellt, daß der Verfügungsadressat auf Grund eines Gesetzes oder einer Polizeiverordnung zu einem bestimmten Tun oder Nichttun verpflichtet ist (vgl. oben S. 131), erscheint äußerlich stets schon dadurch objektiv motiviert, daß sie eben auf Verwirklichung dieser Norm gerichtet ist, und der Umstand, daß sie äußerlich durch diese Norm gedeckt wird, schützt sie nach § 127 Abs. 3 Ziff. 2 LVG. (vgl. oben S. 141) gegen Aufhebung ohne Rücksicht darauf, welche Zwecke die verfügende Behörde mit ihr im gegebenen Falle tatsächlich verfolgte. Das Oberverwaltungsgericht ist, wie bereits oben (S. 141) bemerkt, nicht

[127]) Anders Friedrichs, Preußisches Verwaltungsblatt Bd. 30 S. 320, 321 unter I.

[128]) Vgl. z. B. Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 26. Februar 1896 (Entscheidungen Bd. 29 S. 442), vom 21. Februar 1900 (das. Bd. 37 S. 338), vom 4. Januar 1917 (das. Bd. 72 S. 376).

Digitized by Google

dieser Auffassung und hält demgemäß auch eine Motivprüfung gegenüber rein vollziehenden Polizeiverfügungen nicht für zwecklos, hat aber auf sie doch nur ganz vereinzelt hingewiesen und, soweit ich sehe, überhaupt keine Entscheidung auf sie gegründet. Das Gebiet, in welchem das Oberverwaltungsgericht die für sich stehende (nicht mit der Notwendigkeitsfrage verquickte) Motivprüfung praktisch wirklich verwertet, infolge ihres Ergebnisses auch Verfügungen aufgehoben hat, ist nur das, in dem allein ihr unserer Ansicht nach eine Bedeutung zukommen kann, nämlich nur da, wo es sich um eine polizeiliche Verfügung handelt, die weder lediglich auf die Verwirklichung einer bereits in einer allgemeinen Norm dem Individuum auferlegten Pflicht gerichtet ist, noch daraufhin zu prüfen ist, ob sie auf mehr geht, als zu verlangen objektiv nötig war. Dahin gehören aber in der Praxis besonders die täglich vorkommenden Verfügungen, die die Versagung oder die Zurücknahme einer polizeilichen Erlaubnis enthalten, über die die Polizeibehörde nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, wie über die Erlaubnis zu Tanzlustbarkeiten, zu Überschreitungen der Polizeistunde, zu Sondernutzungen an im Gemeingebrauche stehenden öffentlichen Sachen, über die Entbindung von Baupolizeivorschriften. Und Verfügungen dieser Art sind es denn auch, bei deren Überprüfung das Oberverwaltungsgericht den Motiven am häufigsten besonders nachgegangen ist; in einer langen Reihe von Entscheidungen über solche Verfügungen hat es die Motivfrage stets aufgeworfen und geprüft [129]).

[129]) Vgl. oben S. 134 und die Urteile vom 21. März 1877 (Entscheidungen Bd. 2 S. 394), 27. April 1881 (das. Bd. 7 S. 306 ff.), 17. Dezember 1881 (das. Bd. 9 S. 404 ff.), 26. Februar 1896 (das. Bd. 29 S. 444 ff., vgl. auch vorangehende Anm. 125), 21. Mai 1897 (das. Bd. 32 S. 394), 21. Februar 1900 (das. Bd. 37 S. 345), 4. März 1901 (das. Bd. 39 S. 367), 16. April 1902 (das. Bd. 41 S. 416), 4. Juli 1902 (das. Bd. 42 S. 399), 12. Januar 1903 (das. Bd. 42 S. 427), 3. Dezember 1906 (das. Bd. 50 S. 369), 19. März 1906 (das. Bd. 50 S. 378), 18. Mai 1908 (das. Bd. 52 S. 367), 1. Oktober 1909 (das. Bd. 55 S. 460), 6. und 24. Juni 1910 (das. Bd. 57 S. 304 und S. 310), 9. März 1911 (das. Bd. 58 S. 274), 11. März 1911 (das. Bd. 59 S. 375), 21. Februar 1913 (das. Bd. 64 S. 500), 16. Juni 1914 (das. Bd. 68 S. 426 f.), 13. April 1916 (das. Bd. 71 S. 334), 10. Oktober 1916 (das. Bd. 71 S. 430). Diese Übersicht, die leicht noch erweitert werden könnte (namentlich wenn man noch die im Preußischen Verwaltung-Blatte mitgeteilten Entscheidungen heranziehen wollte), beweist übrigens zur Genüge, daß Bühler im Unrecht ist, wenn er a. a. O. S. 311 behauptet, die Motivprüfung sei

Digitized by Google

Will man am Ende dieser Untersuchung noch einmal

IV. die Ergebnisse

zusammenstellen, zu denen sie geführt hat, so lassen sich diese kurz dahin formulieren: Der Verwaltungsrichter hat bei Anfechtung einer polizeilichen Verfügung stets zu prüfen, ob diese gegen eine Rechtsnorm verstößt, deren Nichtbeachtung eine Verletzung des Klägers in seinen Rechten bedeutet. Dabei hat er, wenn die Verfügung auf Grund des § 10 II 17 ALR. erlassen ist, besonders auch stets zu prüfen, ob mit ihr von dem Betroffenen nicht mehr verlangt ist, als im polizeilichen Interesse nötig war. Dagegen hat er nie die von dieser Notwendigkeitsfrage zu trennende, häufig mit ihr verwechselte Ermessensfrage zu prüfen, die Frage, ob der Erlaß der angefochtenen Verfügung vom Standpunkt einer guten Verwaltung aus notwendig, gut oder schlecht war. Mit der Prüfung der Notwendigkeitsfrage ist notwendig verbunden eine Prüfung der Motive der Verfügung. Außer Zusammenhang mit der Notwendigkeitsfrage hat der Verwaltungsrichter die Motive nur zu prüfen bei polizeilichen Verfügungen, die nicht auf Grund des § 10 II 17 ALR. erlassen sind, aber auch nicht lediglich der Realisierung einer bereits gesetzlich bestimmten polizeilichen Pflicht im Einzelfalle dienen. Soweit die Motivprüfung Platz greift, ist nicht die subjektive Willensstimmung des Beamten zu prüfen, sondern es ist zu untersuchen, ob objektive Momente den Erlaß der Verfügung gerechtfertigt erscheinen lassen.

Das Oberverwaltungsgericht hat sich diese Grundsätze nicht durchweg zu eigen gemacht und auch, soweit es sie anerkannt hat, nicht stets nach ihnen gehandelt. Die Motivprüfung hält es stets für zulässig, wenngleich es sie praktisch allerdings nur in dem vorstehend bezeichneten Umfange verwertet. Zur Frage, worauf die Motivprüfung zu richten ist, hat der Gerichtshof nicht entschieden Stellung genommen (S. 140). Auf Grenzüberschreitungen hin hat er die Ermessensübung nach allen Richtungen hin geprüft, beson-

„tatsächlich zurückgegangen" seitdem das Oberverwaltungsgericht mehr und mehr die Notwendigkeitsfrage bei Polizeiverfügungen objektiv zu überprüfen begann, kehrt die Motivprüfung doch in den letzten Bänden der Entscheidungen des Gerichtshofs durchschnittlich ebenso oft wieder wie in den früheren; die Meinung Bühlers, als ob das Oberverwaltungsgericht erst in neuerer Zeit die objektive Notwendigkeitsfrage prüfe, ist bereits oben S. 120 Anm. 69 widerlegt.

Digitized by Google

ders auch wiederholt ausdrücklich betont, daß bei auf Grund des § 10 II 17 ALR. erlassenen Verfügungen die objektive Notwendigkeitsfrage vom Verwaltungsrichter zu prüfen sei, tatsächlich hat er jedoch die Überprüfung dieser Frage öfter nicht vorgenommen, ja, sie sogar gelegentlich ausdrücklich abgelehnt (S. 118 f.). Nur die Behandlung der vorerwähnten Ermessensfrage, der Frage der „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" im Sinne des Gerichtshofs, ist eine einheitliche; auf sie einzugehen, hat der Gerichtshof in Konsequenz seiner mit der unsrigen übereinstimmenden Auffassung, daß sie für den Verwaltungsrichter unüberprüfbar ist, stets abgelehnt.

Digitized by Google

B. Besprechungen.

1. Georg Meyers, weil. ord. Professors der Rechte in Heidelberg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, nach dem Tode des Verfassers in 7 Aufl. bearbeitet von Gerhard Anschütz. Zweiter Teil, München und Leipzig, Duncker & Humblot 1917. 341 S. Preis 6 *M*.

Der vorliegende zweite Teil der Neuauflage des Georg Meyer schen Lehrbuchs verstärkt noch den hier[1]) schon bei der Berichterstattung über den ersten Teil des Werkes angedeuteten Eindruck, daß die Erhaltung und Fortführung dieses Buches von der größten Bedeutung für die Pflege des deutschen Reichs- und Landesstaatsrechts ist. In einzigartiger Weise vereint es die Übersicht über den Rechtszustand in allen partikularen Staatsrechten mit der Zusammenfassung der großen rechts- und staatsgedanklichen Grundlinien, die sie alle durchziehen und im Reichsstaatsrechte wieder zu neuartiger Verknüpfung gelangt sind. Es gibt so eine Anschauung von dem ganzen rechtlichen Nervensysteme, das die politischen Bewegungen unseres Staatskörpers leitet und regelt. Und gerade diese ist bei der Kompliziertheit der deutschen staatlichen Zustände, die bis in alle Winkel kaum je das gediegendste Fachwissen durchdringen kann, für uns so unentbehrlich. Der im öffentlichen Leben Stehende, vor allem der Jurist, der Beamte jeder Art, der Politiker, sie gebrauchen eine gewisse staatsrechtliche Allgemeinbildung. Die feinste rein juristische Begriffslehre kann hier nicht ersetzen, was die G. Meyer sche Methode zur Erkenntnis des staatsrechtlichen Lebens bietet: die Veranschaulichung des Entstehens, der Bedingtheit und Notwendigkeit und daher des Sinnes unserer Rechtsinstitutionen aus dem Werden und damit der historischen Eigenart unseres Staatslebens.

Ein solches Werk, das den einprägsamen Geist unserer Staatsrechtsordnung und nicht bloß die für den staatsrechtliche Bildung Suchenden zunächst völlig ungreifbaren juristischen Begriffsformeln des Institutionensystems gibt, ist — das glaube ich nicht verschweigen zu dürfen — für die Ausbildung der künftigen Männer des öffentlichen Lebens uns nötiger denn je. Wir wissen, daß schon vor dem Kriege die öffentlichrechtliche Ausbildung unserer Studierenden unter dem Übergewichte der noch die ganzen romanisti-

[1]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 546 ff.

Digitized by Google

schen Altertümer mitschleppenden Zivilistik vollständig zurückgeblieben war gegenüber den Bedürfnissen, die sich aus der gewaltigen Entwicklung unseres öffentlichen Rechtes im letzten halben Jahrhundert ergaben. Nun dürfen wir uns nicht täuschen darüber, daß eine gewisse Veräußerlichung und Verflachung des Rechtsstudiums (Wesen: Brotstudium; Mittel und Kennzeichen: Einpaukertum), die schon vor dem Kriege nicht zu verkennen waren, nach dem Kriege sich ungeheuer erweitern müssen durch die Macht der Tatsachen, den unvermeidlich härteren Daseinskampf und die fürchterliche Reinkultur des Nützlichkeitssinns, die solange Jahre der Nöte — trotz des unüberwindlichsten Pflichtwillens — so sicher erzeugt haben, wie sie sie erzeugen mußten. Da ist nun nichts unentbehrlicher als Mittel der Ausbildung, die, wie „der Georg Meyer", den Geist des Auszubildenden sich gar nicht erst verfangen lassen in den, für sich allein genommen, irreführenden äußeren Formeln unseres Rechtsbestandes, sondern ihn unmittelbar einführen in seinen Lebenssinn und -gehalt.

Daß ein Lehrbuch so wirke, hat nun allerdings zur Voraussetzung, daß es mit der Lebensentwicklung Schritt halte. Dafür hat Anschütz beim „Georg Meyer" gesorgt. Das tritt in diesem zweiten Teile besonders stark hervor. Denn von den darin behandelten Problemen sind besonders viele inzwischen vor der Entwicklung sei es des staatlichen Lebens, sei es des politischen Denkens, sei es der rechtlichen Erkenntnis oder auch aller oder mehrerer dieser Faktoren zusammen derart umgewandelt worden, daß eine völlige Neubearbeitung der betreffenden Abschnitte erforderlich war. Bei der Bekanntheit des Lehrbuchs kann sich die Berichterstattung im wesentlichen auf diese Teile vollständiger Neubearbeitung beschränken.

Der zweite Teil des Werkes enthält zunächst in Fortsetzung der Lehre von den staatlichen Organen diejenige von den „Staatsbehörden und Kommunalverbänden". Schon in dem einleitenden Abschnitt über die Grundbegriffe ist wichtig die von Anschütz verschärfte systematische Klärung der bisherigen (im Ergebnisse, meines Erachtens mit Recht, beibehaltenen) Ausführungen des Lehrbuchs über Begriff und Wesen der „Selbstverwaltung". Beibehalten und ergänzt ist die Entwicklungsgeschichte der Behördenorganisation; ein Kapitel, das wegen der Kompliziertheit des Stoffes bei der notwendigen Gedrängtheit der Darstellung unvermeidlich dem Leser größere Schwierigkeiten bietet, als die so klar faßliche Darstellungsweise des Buches sie sonst begründet; ein Kapitel, das aber doch unentbehrlich ist und so zu der Frage führt, ob hier nicht etwas größere Ausführlichkeit größere Einfachheit bedeuten würde. Ein sehr erfreulicher Gewinn ist es jedenfalls schon jetzt, daß durch geschickte, sparsame Ergänzung für die neuere Zeit, insbesondere das 19. Jahrhundert (S. 400 ff.), stärkere Anschaulichkeit hergestellt ist. Gerade das ist so recht ein Kapitel, das zur staatsrechtlichen Allgemeinbildung gehört: ohne die Kenntnis der geschichtlichen Eigenart unserer Behördenorganisation ist unser ganzes Staatsleben nicht zu verstehen. — In der Lehre von den Kommunen ist staatsrechtlich korrekt deren nur abgeleitete öffentlichrechtliche Zuständigkeit (400) betont. Für das Verständnis der Zusammenhänge unseres staatsrechtlichen Lebens wäre es meines Erachtens wünschenswert gewesen, demgegenüber dann aber doch auch die allgemeine

Digitized by Google

Bedeutung der Selbstverwaltung im Gesamtorganismus unserer Staatsordnung stärker herauszuarbeiten, etwa wie es v. Blume (über Selbstverwaltung, 1917) unternommen hat. — Unnötig ausführlich scheint mir die Lehre vom Heimatrechte (S. 426 ff.) beibehalten, da dies jetzt wesentlich durch die Gesetzgebung über den Unterstützungswohnsitz (S. 429) aus seiner Bedeutung verdrängt ist. (Als sehr lehrreich für deren Verständnis sei auf die gehaltvolle geschichtliche Untersuchung von E. W. Breithaupt, Öffentliches Armenrecht und persönliche Freiheit, Erg. Heft 51 der Ztschrft. St. W., hingewiesen.) — Hingegen würde meines Erachtens im Zusammenhange der Lehre vom Wirkungskreise der Gemeinden nicht unnützlich gewesen sein eine Würdigung der sozial so wichtigen modernen Sondergerichte (Gewerbe-, Kaufmannsgerichte). — Auch halte ich es für eine Lücke im Bilde der Behördenorganisation und ihrer Bedeutung für den rechtlichen Gesamtbau unseres Staates, daß nicht schon in diesem Abschnitte die Verwaltungsgerichte wenigstens erwähnt und ihre eigentümlichen, trennenden wie verbindenden Beziehungen zur Verwaltung angedeutet sind. Es handelt sich hier um etwas ganz Anderes als die später (§ 182) zu behandelnde eigene, innere Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

In der Lehre von der Organisation des Reichs hat Anschütz mit prächtiger wissenschaftlicher Entschlossenheit an den wichtigsten Punkten Einschnitte vorgenommen, um eine schärfere, klarere, ich möchte sagen: schneidendere Luft durch die Probleme wehen zu lassen, wie sie unserem, in neue Epochen eintretenden, Staatsleben mehr entspricht, als jenes, geruhsam das fertige Werk Bismarcks in harmlosen Doktorfragen umsäuselnde Lüftlein aus den ersten Jahrzehnten nach der endlichen, scheinbar in allem endgültigen Erfüllung des nationalen Traumes. Da verspüren wir gleich im Anfang (472) den neuen Geist des in seinem Volke gegen eine Welt von Feinden stehenden Staates: das Reich ist der „Bund des Volkes", das „korporative Gemeinwesen des gesamten deutschen Volkes und seiner Staaten". (Es ist das jene Selbstbesinnung deutschen Staatsdenkens auf seine Ursprünglichkeit und Unmittelbarkeit, die, vorbereitet durch die Entwicklung seit 1813, durch die Erschütterung von 1914 ausgelöst werden mußte, wie ich das in meiner Studie „Vom deutschen Staate und seinem Rechte" zu zeigen versucht habe.) Und als Träger der höchsten Gewalt im Reiche wird der Bundesrat gezeigt als die Verkörperung der Gesamtheit der Staaten. Die „verbündeten Regierungen" sind nur Repräsentanten dieser gesamten Staaten (S. 482 f.), und die Staatengesamtheit hat — das wäre (zu 473) noch zu unterstreichen — staatsrechtlich gar keine andere Erscheinungsform als den Bundesrat. Am Kaisertume wird hervorgehoben die durch Anstoß des Antrags Bennigsens entwickelte (S. 495 ff.) Reichsorganschaft unmittelbarer — nicht von der Bundesratszuständigkeit abgeleitete — und besonderer, nichtmonarchischer Art. Und vom Reichstage wird scharf betont, daß er durch seine grundsätzliche Stellung und Funktion als einer „Volksvertretung im Sinne des konstitutionellen Staatsrechts" dem Reiche den Charakter eines „konstitutionellen Staates" gibt. Dabei wäre jedoch zu beachten, daß das immerhin nur mit einer sehr wesentlichen Maßgabe gilt, nämlich der, daß das oberste Staatsorgan (S. 473), der Bundesrat, nicht, wie

Digitized by Google

es dem konstitutionellen System entspräche, durch Ministerverantwortlichkeit in Beziehung zum Parlamente, dem Reichstage, steht. Tatsächlich sind ja die Beziehungen des Bundesrats zum Reichstag in vielen seiner wichtigsten Funktionen (Gesetzgebung, Budgetrecht, Genehmigung von Verträgen) die eines Oberhauses zum Unterhause. Da aber dieses, insoweit nach Art eines Oberhauses funktionierende, Organ doch eben Repräsentant des Souveräns (Staatengesamtheit) ist und als Souverän fungiert (z. B. Auflösung des Reichstags, Sanktion der Gesetze), ergeben sich daraus meines Erachtens doch für die Stellung des Reichstags sehr wesentliche Abweichungen von demjenigen des Parlaments im Typus des konstitutionellen Systems und damit Besonderheiten des ganzen Verfassungssystems des Reichs gegenüber jenem. Ich glaube, daß für die Lösung mancher politischen Probleme es recht wichtig wäre, wenn man die Besonderheiten unserer Reichsverfassung, auf die ich hier, im Gegensatze zu Anschütz, glaubte hinweisen zu müssen, von vornherein vollständig frei von aller Färbung allgemeiner Staatstheorien in Rechnung stellen würde. An einem anderen Teile des so ungemein komplizierten Mechanismus unserer Reichsverfassung, in dem Kapitel vom Reichskanzler, hat Anschütz das in entschiedener Weise getan. Von der historischen Grundlage der Einfügung des unitarischen Moments durch das Amendement Bennigsen ausgehend, zeigt er, wie gerade daraus in Verbindung mit dem föderalistischen Momente des an die Krone Preußen geknüpften Kaisertums die Probleme des Reichsstaatsrechts in die des preußischen Landesstaatsrechts hinüberspielen müssen. Die Notwendigkeit grundsätzlich gleichartiger politischer Position des verantwortlichen kaiserlichen Ministers mit der verantwortlichen preußischen Regierung kann nicht anders hergestellt werden als dadurch, daß der kaiserliche Minister als preußischer Minister wirklich entscheidenden Einfluß erhält, d. h. nicht nur preußischer Minister des Äußeren ist, sondern auch die Stellung eines den übrigen Ministern übergeordneten Premierministers erhält (526). Freilich, wenn derartige Probleme überhaupt aufgerollt werden sollen, dürften sie meines Erachtens nicht an diesem Punkte abgeschnitten werden. Die politische Position des Reichskanzlers und preußischen Ministerpräsidenten kann einheitlich nur sein, wenn die Verantwortlichkeit nach beiden Seiten politisch gleichartig ist, d. h. die beiden Parlamente, denen gegenüber sie besteht, einander angeglichen werden. Ist eine grundlegende Umgestaltung des Reichstags undenkbar, so wird also die Reform des preußischen Landtags materiell zu einem Probleme des Reichsverfassungslebens, das Anschütz selbst verschiedentlich an anderen Stellen (bes. Parlament und Regierung im Deutschen Reiche, 1918) erörtert hat, und zu dem ich hier nur bemerken möchte, daß ein Oberhaus, das dem Einflusse des, von der Ministerverantwortlichkeit zu deckenden, königlichen Willens für die äußersten Fälle (Pairsschub) entzogen ist, die Ministerverantwortlichkeit in Preußen und im Reiche politisch zu einer Quadratur des Zirkels machen würde. Aber gehören überhaupt derartige, zweifellos politische Erörterungen in ein Lehrbuch des Staatsrechts? Ich meine, die Sache ist sehr einfach: das geltende Recht soll gelehrt werden; eine Norm gilt, eine Institution wirkt aber nicht einfach mit und aus ihrer legislatorischen Aufstellung, sondern erst durch ihre Einfügung in das Gesamträderwerk der das

Digitized by Google

Staatsleben in den Formen des Rechtes bewegenden Maschinerie der Institutionen; ist irgendwo diese Einfügung verfehlt, weil die Zahnung eines Rades nicht paßt zu der des andern, durch dessen Eingreifen es nur bewegt werden kann, so ist es eben außer Funktion, die Institution entbehrt der Wirkung, die Norm der Geltung. Deshalb gehört die kritische Würdigung der politischen Dynamik insofern (und freilich auch nur insofern) allerdings zur Lehre des Staatsrechts.

Eine grundlegende Umarbeitung hat natürlich auf dem Boden der Gesetzgebung von 1911 die Lehre von der staatsrechtlichen Organisation des Reichslandes erfordert. Sie ist gegeben (S. 547 ff.) in Anlehnung an die klare Darstellung (bes. der doppelseitigen Stellung des Statthalters), die Anschütz schon in seinem Grundriß in der v. Holtzendorff-Kohlerschen Encyklopädie gegeben hat; wie sich denn überhaupt jene zu äußerster Knappheit der Formulierung gezwungene kurze Darstellung überall als höchst befruchtend für die Bearbeitung unseres Lehrbuchs erwiesen hat.

Eine wertvolle Bereicherung bringt die Einfügung eines Kapitels über die staatsrechtliche Organisation der Kolonien (557 ff.), wobei wegen der praktischen Bedeutung und der bisherigen publizistischen Unklarheit (vgl. meine Ausführungen in Ztschrft. f. Kol.-R. 17, 179 ff.) eine schärfere Betonung des Grundsatzes wünschenswert wäre, daß die Reichsgewalt auch in den Kolonien keine andere als die verfassungsmäßige ist; gerade die legislatorisch eingeführten Besonderheiten beweisen das. Zur Literatur sei noch hingewiesen auf Mallmann, Rechte und Pflichten i. d. Sch.-Geb., 1913.

Besonders dankenswert ist der Abschnitt über das Beamtenrecht durch die Neubearbeitung bereichert worden, wenn er auch, wie jede derartige Darstellung, infolge der durchaus unzulänglichen Vorarbeit monographischer Durchforschung zu völlig befriedigender Klarheit nicht gelangen konnte. Die Dinge liegen praktisch zu kompliziert, als daß sie ohne kasuistische Spezialuntersuchung geklärt werden könnten. Nur ein Beispiel: nach S. 596 hat der Beamte gegenüber einem dienstlichen Befehle nur zu prüfen, ob dieser (von dem Widerstreite mit einem Verbotsgesetz abgesehen) 1. wirklicher „Dienst"-befehl ist und sein soll; 2. ob er „von dem dazu Befugten, von dem Vorgesetzten ausgeht"; 3. „ob im gegebenen Falle ein Dienstbefehl überhaupt erteilt werden durfte". Das kann alles in Ordnung sein, aber — der Fall ist denkbar — es sind verschiedene Vorgesetzte (sei es verschiedener hierarchischer Stufen, sei es verschiedener konkurrierend zuständiger Ressorts) da, und sie erteilen schlechthin sich widersprechende Befehle . . . was dann?

Im folgenden (dritten) Buche (Funktionen der Staatsgewalt) ist vor allem der erste Abschnitt, die Lehre von der Gesetzgebung, in vielfacher, höchst wertvoller, gedanklicher Vertiefung und begrifflicher Klärung ausgebaut worden; auch wieder in näherer Ausführung und weiterer Ausgestaltung der schon in dem Encyklopädie-Grundrisse von Anschütz entwickelten Lehren. Gleich im Anfange schon zeigt sich die Lehre vom (materiellen und formellen) Gesetzesbegriffe fester und anschaulicher zusammengefaßt (S. 639 f., 642 ff.). In der Lehre von der formellen Gesetzgebung ist besonders der „rechtliche" Vorrang der dem Monarchen darin zukommenden Rolle neu betont (S. 652), andererseits aber doch dem konstitutionellen Prinzipe mit äußerster Klarheit,

Digitized by Google

Entschiedenheit und Schärfe sein Recht gegeben. Was hier in knapper Ausführung über den Umfang des Gesetzesvorbehalts (Freiheits- und Eigentumsklausel usw.) gesagt wird (S. 652 ff., bes. 652 ff. Anm. a, 565 Anm. b, 657 Anm. c) bildet meines Erachtens ein geradezu klassisches Kapitel unserer deutschen Staatsrechtswissenschaft an Ausschöpfung aller Quellen und aller Forschung. (Vielleicht wären — bes. zu S. 658 — noch die Ausführungen W. Jellineks im Arch. öffentl. R. Bd. 32 S. 588 ff. und diejenigen des dort besprochenen Bühlerschen Buches zu erwähnen.) Ich weiß nicht, was staunenswerter ist, die Reichhaltigkeit an Gedanken und wissenschaftlichen Apparat oder die souveräne Sicherheit in der Beherrschung beider, die solche Fülle in so knapper Klarheit zu meistern wußte, — — oder die Tatsache, daß solch grandiose Arbeitsleistung in der deutschen Publizistik gegenüber einem so elementaren Probleme des konstitutionellen Staatsrechts nötig war. Denn mit Recht spricht Anschütz selbst der ganzen Streitfrage über den Umfang des Vorbehalts des Gesetzes heute jede praktische Bedeutung ab. Daß sie wissenschaftlich immer noch ernstlich umstritten ist und die Verwendung solcher wissenschaftlicher Arbeitsleistung, wie sie von Anschütz geschehen, daher nicht entbehrlich war, ist ein trauriges Zeugnis für den staatlichen Wirklichkeitssinn unserer Wissenschaft. Es ist grotesk, daß, während das politische Leben das Problem stellt, wieweit den Parlamenten über ihre legislativen Kompetenzen hinaus bestimmender Einfluß auf die Regierung zu geben ist, die Wissenschaft noch für die Anerkennung jener legislativen Kompetenzen kämpfen muß, die die Verfassungen vor dreiviertel bis einem Jahrhunderte begründet haben!

Reiches Material und feine Gedanken bringen weiter die Lehren von den Rechten und Pflichten des Monarchen bei der Sanktion, Promulgation und Publikation (S. 642 ff.). Für die Bildung des staatsrechtlichen Denkens wäre meines Erachtens förderlich, an dem Beispiele der hier bestehenden, aber durch keinerlei formelle Garantie gesicherten Gebundenheiten des Monarchen zu zeigen, wie sehr das Staatsrecht gerade in seinen höchsten Fragen auf Treu und Glauben gestützt ist. Denn die Garantie, die den betreffenden Pflichten — wie G. Jellinek klar betont — aus dem freien Spiele der politischen Kräfte erwächst, ist doch immer nur ein unvollkommener und unter Umständen zweischneidiger Notersatz für das, was auf die Dauer und für die Regel allein Sicherheit geben kann: die Rechtstreue, oder, moderner ausgedrückt: politische Moral, konstitutioneller Geist. Uns Deutschen kann nicht genug gesagt werden, daß Gesetzesparagraphen nicht Verfassungsleben sind.

Praktisch sehr wichtig dürfte die scharfe juristische Analyse des Problems der Gesetzesberichtigung (S. 666 ff.) werden, wenn im Frieden einmal wieder die Gesetze nicht mehr wie eine Schneedecke übr dem Bürger liegen, deren einzelne Flocken das Auge zu sehen weder imstande noch bestrebt ist, wenn die Vorstellung wiederkehrt, daß dem bürgerlichen Gesetzesbefehle der Anspruch der Befolgung immanent ist. Dann dürfte sich auch zeigen, daß die von Anschütz in thesi (S. 667 Anm. h) so klar begründete Unzuständigkeit der Gerichte zur „Berichtigung" von sog. „Redaktionsfehlern" in praxi nicht so einfach zur Geltung zu bringen sein wird, weil die Tatbestandsgrenzen zu flüssig sind; es wird nicht immer leicht sein, zu sagen, wo die einfache Auslegung

Digitized by Google

einer unklaren Norm aufhört, und wo der Richter anfängt, aus ihr etwas herauszulesen, was unzweifelhaft durch sie nicht ausgedrückt ist. Um so wichtiger nur ist die Klarheit des Scheidungsprinzips.

Klarer herausgearbeitet als in den Vorauflagen ist die Besonderheit des Weges der Reichsgesetzgebung gegenüber dem des Typus des deutschen konstitutionellen Staatsrechts (S. 685 ff.).

Als politisch besonders wichtig endlich sei noch hervorgehoben die Darlegung der (abgesehen von den Reservatrechten) unbeschränkten Möglichkeit von Verfassungsänderungen in unitarischem Sinne (S. 691 ff.) sowie die scharfe und klare Ablehnung der mit der Staatsnatur des Reichs allerdings unvereinbaren „vertragsmäßigen Grundlagen" der Reichsverfassung (S. 695 ff.).

Ich glaube positiv und negativ — durch Ausspruch zahlreicher Wünsche — hinlänglich betont zu haben, welch große Bedeutung ich der Fortführung des einzigartigen Werkes durch Anschütz beilege. Daraus rechtfertigt sich noch eine letzte Anregung. Dem Zwecke des Lehrbuchs entsprechend ist mit Recht vom Verfasser wie von dem — trotz so stark ausgesprochener Eigennote — ganz in seinem Geiste tätigen Neubearbeiter Wert darauf gelegt worden, dem Leser auch den gesamten wissenschaftlichen Hilfsapparat an Hand zu weisen. Das hat nun aber ein Anschwellen der Literaturangaben und der literarischen Diskussion mit sich bringen müssen, das ohne Schaden für die Übersichtlichkeit und Beeinträchtigung des Lehrzwecks sich nicht mehr steigern läßt. Und doch kommt immer neue Literatur hinzu, die nicht unberücksichtigt bleiben darf. Anschütz ist da gelegentlich auf den Ausweg verfallen, für die ältere Literatur en bloc auf die Vorauflagen zu verweisen. Eine Verallgemeinerung dieses Verfahrens scheint sich mir für künftige Auflagen — deren Notwendigkeit nicht ausbleiben wird — zu empfehlen, wenn dabei nur gleichzeitig aus der nicht ausdrücklich aufgezählten Literatur das für den Lernzweck Wichtigste hervorgehoben wird. Zunächst aber wollen wir wünschen, daß erst einmal diese Auflage bald uns fertig vorgelegt werden könne — und daß auch ihr frühestes Erscheinen unsere Studierenden, von denen allzuviele schon dem Staate den letzten Dienst erwiesen haben, nach einem ehrenvollen Frieden wieder in der heimischen Hochschule finde, die Früchte der treuen Arbeit des Lehrers zu pflücken.

Inzwischen — seit diese Zeilen geschrieben waren — ist unsere ganze alte Staatsordnung geschwunden. Was an ihre Stelle treten wird, wissen wir nicht. Was von dem besprochenen Werke und dem hier dazu Gesagten künftig noch irgendwie von Belang sein kann, wissen wir ebensowenig. Dem Lehrer des Staatsrechts kann eine gewisse nachdenkliche Wehmut bei der Gewißheit des Zerstörten und der Ungewißheit des Neubaus nicht verargt werden. Und einen Gedanken darf er wohl aus dieser Stimmung äußern. Es ist der Gedanke, den ich nicht zurückdrängen kann, wenn ich jetzt meine (oben stehenden) Bemerkungen über „Rechtstreue", „politische Moral", „konstitutionellen Geist" wieder lese. Hätte wohl der Zusammenbruch so jäh kommen können, wenn nicht unter Mitwirkung auch der Gerichte und der juristischen Schriftsteller aus dem Belagerungszustand ein so völliger ex-lex-Zustand (der er nach dem BBG. nicht sein sollte; vgl. Waldecker im Arch. Öffl. R.

Digitized by Google

Bd. 30 17, 440 ff.) gemacht worden wäre, in dem das Recht schlechterdings degradiert war zu einem Zweckmittel jeglicher von Provinzialinstanzen vermeinten „militärischen Notwendigkeiten"? Wenn nicht jedes Ventil des gemeinen Gerechtigkeitsempfindens durch hermetischen polizeilichen Druck verschlossen und hiermit schließlich die Idee des Rechtes und dadurch der Glaube an das Recht und der Wille zum Rechte unmerklich aber sicher mehr und mehr ausgehöhlt worden wäre? Den Willen zum Rechte nannten die Alten: „Justitia", und sie sagten: justitia fundamentum regnorum — — — —

Und „der Georg Meyer"? Nun, ich denke, wir werden ihn noch brauchen. Mit jedem Schritte der Neuordnung werden zwar wieder die bekannten Kommentare pilzartig ans Licht kommen. Aber die ernste Durchbringung ist so rasch nicht möglich. Und ehe sichere Wegweiser durch die Einzelheiten des Neuen da sein werden, brauchen wir mehr denn je jene staatsrechtliche Allgemeinbildung, von der ich oben sprach, und für die unser Lehrbuch die beste Quelle ist. Und der künftige Gesetzgeber wird sie hoffentlich auch nicht verachten und aus „Georg Meyer" lernen, daß, wie das Staatsrecht des Deutschen Reichs nicht ohne Zusammenhang mit dem des Deutschen Bundes, der Verfassung von 1849 und der des alten Reichs war, auch das der künftigen deutschen Republik nicht ohne Zusammenhang wird sein können mit dem des bisherigen Reichs und den Ideen des monarchisch-parlamentarischen Volksstaats, aber auch nicht den Idealen der Paulskirche und sogar — wie ich noch an anderer Stelle näher zu zeigen gedenke — den mit den Befreiungskriegen im frühen Liberalismus aufgelebten historischen Gedanken der uralten deutschen genossenschaftlichen Staatsauffassung.

Königsberg i. Pr. Kurt Wolzendorff.

---

2. Dr. F. X. Pfeiffer, Das kommunale Wahlrecht in den Deutschen Bundesstaaten. Bodenpolitische Zeitfragen, im Auftrage des Schutzverbandes für deutschen Grundbesitz, herausgegeben von Professor F. van der Borght. Heft 8. Berlin 1918, C. Heymanns Verlag. 141 S. und 4 Tabellen. Preis 6 *M*.

Das Akutwerden der Reform des preußischen Landtagswahlrechts hat auch die Frage einer Umgestaltung des kommunalen Wahlrechts wieder in Fluß gebracht. Zwar soll ihre Erledigung dem künftigen Landtage vorbehalten bleiben, aber die beteiligten Kreise beschäftigen sich schon jetzt lebhaft mit den Forderungen, die sie an ein neues Gemeindewahlgesetz zu stellen gedenken. So insbesondere auch die Haus- und Grundbesitzer, denen der Verlust des von vielen Seiten bereits lange bekämpften „Hausbesitzerprivilegs" droht, und die daher bestrebt sein müssen, sich zunächst einmal über Umfang und Bedeutung dieses Privilegs Klarheit zu verschaffen. Auf ihre Veranlassung ist das vorliegende Buch entstanden. Es geht dann aber weit über ihre Bedürfnisse hinaus und gibt jedem, der sich für die Reform des Gemeindewahlrechts interessiert, besonders auch Nichtfachleuten, die Möglichkeit, sich über den gegenwärtigen Stand desselben, wie auch über die wichtigsten Reformprobleme zu unterrichten. Es beginnt mit einer Vorführung der letzteren,

Digitized by Google

und zwar in der Weise, daß aus verschiedenen, in den Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik vom Jahre 1907 erstatteten Referaten Auszüge mitgeteilt werden, die die zahlreichen Probleme wie Einführung des Reichstagswahlrechts, der Proportionalwahl, der Wahlberechtigung der Frauen, der Sicherung der Interessen des Haus- und Grundbesitzes von verschiedenen Standpunkten aus beleuchten. In dem Hauptteile des Buches (S. 21—141) wird sodann das heute geltende Recht, hier und dort unter Hinzufügung erläuternder und kritischer Bemerkungen, in allgemein verständlicher Form mitgeteilt, zunächst das Recht der deutschen Einzelstaaten, sodann anhangsweise noch das Englands, Frankreichs, der Schweiz und Österreichs. Endlich ist noch eine gute tabellarische Übersicht über die Regelung des kommunalen Wahlrechts in den vorgenannten Rechtsgebieten in Form von vier großen Tabellen beigefügt, aus denen man mühelos über Erwerb des Bürgerrechts, Ausübung des Wahlrechts und Wahlverfahren Aufschluß erhält.

Göttigen. Schoen.

---

3. Dr. Ludwig Waldecker, Privatdozent an der Universität Berlin, Die Zwangsvollstreckung gegen Kommunalverbände in Preußen. Berlin 1918. Verlag W. Moeser, Buchhandlung, 14 S. Preis 1 ℳ zuzüglich 25 % Teuerungszuschlag.

Es handelt sich um einen Sonderabdruck aus der Juristischen Wochenschrift. Die Bedeutung des in der Überschrift bezeichneten Gegenstandes ist im Frieden und in normalen Zeiten ganz gering. Durch den Krieg mag die Gefahr einer Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden ernstlicher Erwägung wert sein. Der Verfasser untersucht mit anerkennenswerter Gründlichkeit die Frage, ob die Zwangsvollstreckung zur Erfüllung der dem Kommunalverbande vom Staate übertragenen Aufgaben unfähig werden darf. Es geschieht an der Hand der für die preußischen Ortsgemeinden geltenden Vorschriften. Für das Gebiet des ALR. ist auszugehen von der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1795 § 153 Anhang zu I 24 § 45, der die Folgen der materiellrechtlichen Bestimmungen des ALR. II. 6, 7, 8 über Städte, Landgemeinden und priviligierte Körperschaften zog. Der Gerichtsvollzieher hat keine unmittelbare Zwangsvollstreckung auf Antrag des Gläubigers vorzunehmen. Letzterer muß sich an das Vollstreckungsgericht wenden, dieses setzt sich mit der zuständigen Verwaltungsbehörde (Kreis- bezw. Bezirksausschuß) in Verbindung und nimmt entweder die Vollstreckung selbst vor (bei Forderungen und Immobilien) oder beauftragt damit den Gerichtsvollzieher. Beschließt das Gericht, daß eine Zwangsvollstreckung überhaupt nicht stattfinden soll, so bleibt die einfache Einstellung des Gerichtsverfahrens übrig. Wäre die Schuld nur durch Umlagen aufzubringen, so gibt es keine Möglichkeit der Zwangsetatisierung, wie der Verfasser in Übereinstimmung mit dem Oberverwaltungsgericht, im Gegensatze zu Friedrich Steins Lehre zutreffend ausführt — ein für den Gläubiger unerfreuliches Ergebnis. Im gemeingerechtlichen Gebiete Preußens ist nur eine Anzeigepflicht des Gerichtsvollziehers, nicht aber die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Behindert an der Befriedigung kann der Gläubiger durch die Eigenschaft der zu pfändenden Gegenstände als verkehrsentzogener, weil im Gemeingebrauche

Digitized by Google

stehender, oder dem öffentlichen Dienste gewidmeter Sachen sein. Wieder anders ist die Rechtslage in dem preußischen Gebiete des rheinisch-französischen Rechtes, wo der Kreis- oder Bezirksausschuß die Zwangsvollstreckung vermitteln muß; der Antrag ist bei ihm, nicht bei der Gerichtsbehörde, zu stellen. Versagt die Verwaltung, so ist der Gläubiger ohne jede Hilfe. Gibt sie dem Antrage statt, so ist allerdings ohne weiteres Zwangsvollstreckung möglich. Eine gesetzgeberische Änderung wäre denkbar, etwa im Sinne des § 53 des Gesetzes vom 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden, wo die Zwangsetatisierung zulässig ist wegen aller Leistungen, die aus dem kirchlichen Vermögen zu bestreiten sind, oder den Pfarrangesessenen obliegen. Das geltende Recht ist also für den Gläubiger ungünstig.

Cöln. Professor Dr. Stier-Somlo.

---

4. v. Hassell, Regierungsrat, Verbandsdirektor des Verbandes der Preußischen Landkreise, Die Einrichtungen der preußischen Landkreise auf dem Gebiete der Kriegswirtschaft. Berlin 1918. Reimar Hobbing. 49 S.

Die Angelegenheiten der Wirtschafts- und Wohlfahrtspflege, die durch die Kreiskommunalverwaltungen zu erledigen sind, haben im Kriege eine derartige Vermehrung erfahren, daß einzelne Kreise Wirtschafts- und Wohlfahrtsämter eingerichtet haben. Namentlich die wirtschaftlichen Angelegenheiten haben an Bedeutung gewonnen, und unter diesen wieder die landwirtschaftlichen. Je nach der Zusammensetzung der Kreise werden die wirtschaftlichen oder die Wohlfahrtsangelegenheiten überwiegen. Wir haben da zu unterscheiden zwischen überwiegend landwirtschaftlichen oder überwiegend industriellen Kreisen, solchen mit vorwiegend großen und kleinen Betrieben. Dazu tritt die weitgehende Verschiedenheit der Gesamtverhältnisse im Osten und Westen der Monarchie; nicht einmal in den einzelnen Provinzen besteht Gleichförmigkeit. Eine einheitliche Regelung der Organisation der Kreiskommunalverwaltung auf gesetzlicher Grundlage ist daher nicht zu empfehlen.

Wie die Kreisverwaltungen sich selbst geholfen haben, um den gesteigerten Anforderungen gerecht zu werden, zeigt v. Hassell an einer Anzahl gut gewählter Beispiele. Es wäre erfreulich, wenn später noch eine umfassendere kritische Darstellung dessen geboten würde, was während des Krieges geleistet wurde unter Hervorhebung der Einrichtungen, die in die Friedenszeit übernommen und verallgemeinert zu werden verdienen.

Wachsen die Geschäfte einer Verwaltungsbehörde, so wird man versuchen, vorhandene Abteilungen auszugestalten oder neue Organe zu errichten. Die Aufgaben der Kreise als Wirtschaftsstellen machten beides erforderlich und verlangten die Heranziehung von Sachverständigen, die über Kenntnisse des Wirtschaftslebens verfügen, die sich der Beamte auch bei sorgfältigster Vorbildung nicht erwerben kann. Als mustergültig seien die Einrichtungen erwähnt, die in Merseberg getroffen wurden (S. 8), wo verschiedenartige Verwaltungs- und Geschäftsstellen unter Heranziehung von Erzeugervereinigungen, Einkaufsgenossenschaften, einzelnen Firmen die Bewirtschaftung teilweise durch

Digitized by Google

gemischtwirtschaftliche Organisationen, teilweise auch durch den Kreis selbst erfolgt. Die Heranziehung von Genossenschaften ist nur dort gerechtfertigt, wo das Genossenschaftswesen zweckentsprechend ausgebildet ist, was keineswegs überall der Fall ist. Die Kreise haben sich auch an Wirtschaftsstellen beteiligt, die für größere Bezirke errichtet wurden, arbeiten auch mit einzelnen industriellen Betrieben zusammen. Wie die wirtschaftlichen Angelegenheiten auch verwaltet werden, das Schwergewicht muß beim Kreise liegen. Werden besondere Gesellschaften zur Entlastung des Landrats errichtet, so müssen die Kreise verantwortlich bleiben (S. 16). Dies kommt auch in einem Beschlusse des Vorstandes des Verbandes der preußischen Landkreise zum Ausdrucke (S. 17).

Die Gesellschaften, die verschiedene Namen führen, sind teils für die gesamte Kriegstätigkeit errichtet, teils nur für beschränkte Gebiete, und zwar in der Regel für die Dauer des Krieges und für die erste Zeit nachher (S. 21). Ihre Zusammensetzung ist verschiedenartig, dem Vorsitzenden des Kreisausschusses ist aber bestimmender Einfluß eingeräumt. Die Schwierigkeiten in der Versorgung führten vielfach zu einem Zusammenschlusse der Land- und Stadtkreise (S. 29), was im Interesse eines Ausgleichs der Gegensätze zwischen Stadt und Land auch für die Zukunft beachtenswert erscheint. Der Krieg veranlaßte die Kreise auch, ihre eigenen Wirtschaftsgebiete zu erweitern. Dies führte zur Errichtung neuer Kreisfleischereien, Molkereien, Trocknungsanlagen, Kraftstrohanlagen usw. Vielfach wurden auch vernachlässigte Grundstücke durch den Kreis zur Bewirtschaftung übernommen. Beachtung verdient auch die Ausgestaltung der landwirtschaftlichen Kommissionen zur Unterstützung des Gemeindevorstandes, da mit einer Ausdehnung des Verwaltungszwanges im landwirtschaftlichen Betriebe zu rechnen ist.

Die Übergangsverwaltung wird zu prüfen haben, was von diesen Einrichtungen beibehalten und weiter ausgebaut werden kann. Die Schrift von v. Hassell kann dabei wertvolle Dienste leisten und sei hiermit der Beachtung empfohlen.

Heidelberg. Franz Dochow.

---

5. **Dr. jur. Walther Hummel**, Finanzamtmann in Friedrichshafen, **Die Aufrechnung im öffentlichen Rechte.** Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern. Bd. 18, 1918, S. 7 ff., 37 ff., 51 ff., 85 ff., 103 ff., 129 ff. und 148 ff.

Die vorstehend bezeichnete Abhandlung ist in der Besprechung derjenigen von Heine, Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander (Verwaltungsarchiv Bd. 26 S. 466 ff.) als eine, die damals zu erscheinen begonnen hatte, erwähnt worden. Nunmehr liegt sie vollständig vor. Sie stellt sich nach Umfang und Inhalt als so bedeutsam dar, daß auf sie noch näher einzugehen ist.

Nach einer „Einleitung: Gemeinsamkeit einzelner Rechtserscheinungen im öffentlichen Rechte und Privatrechte" werden „A. Materiellrechtliches. I. Die einseitige Aufrechnung im öffentlichen Rechte. II. Der Aufrechnungsvertrag im öffentlichen Rechte" und „B. Prozeßrechtliches" nicht bloß für

Digitized by Google

das Zoll- und Steuerrecht, sondern für das öffentliche Recht überhaupt besprochen. Dazu ist vorweg zweierlei zu bemerken. Einmal, daß sich die Abhandlung durch Gründlichkeit und wertvolles Eindringen in die Sache sowie durch weitreichende Berücksichtigung dessen, was zu ihrem Gegenstande Lehre und Anwendung bis zu ihr geliefert hatten, oder doch durch Hinweise auf manches aus dem Schrifttume, was sonst leicht übersehen werden kann, vorteilhaft auszeichnet. Sodann, daß sie auf eine ziemlich breite Unterlage gestellt ist, namentlich auch mehrfach Fragen berührt, die eine über die Aufrechnung im öffentlichen Rechte hinausreichende Tragweite haben. Beispiele sind das Recht auf Zurückforderung unrechtmäßig erhobener Steuern, der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im öffentlichen Rechte, die meist angenommene, namentlich von Otto Mayer, „dem Begründer der juristischen Behandlung des Verwaltungsrechts" mit aller Schärfe festgehaltene, jedoch in neuerer Zeit wiederholt verworfene grundsätzliche Scheidung von bürgerlichem und öffentlichem Rechte und die Anwendung bürgerlichrechtlicher Vorschriften auf öffentliche Rechtsverhältnisse, besonders auch auf Verhältnisse des Steuerrechts. Die sich zunächst auf ein einzelnes Rechtsgebiet beschränkende Behandlungsweise, die ich in meinem der Besprechung von Heines Abhandlung angeschlossenen Aufsatze zur Aufrechnung im preußischen Verwaltungsstreitverfahren vorgeschlagen und meinerseits für dieses Verfahren beobachtet hatte, ist freilich nicht angewendet, konnte auch, da es sich dabei um etwas Neues handelte, noch nicht angewendet worden sein. Dennoch entsprechen naturgemäß Hummels Ausführungen zu einem Teile dieser Behandlungsweise.

Anlangend die Einzelheiten, mit denen sich Hummel beschäftigt, so sieht er die bürgerrechtliche Unterscheidung zwischen der einseitigen und der vertragsmäßigen Aufrechnung auch für das Gebiet des öffentlichen Rechtes als maßgebend an, und er gelangt im allgemeinen zunächst bei der einseitigen Aufrechnung zu ihrer Zulässigkeit im öffentlichen Rechte, außer es müßten sich denn aus der Natur der Sache oder dem anzuwendenden Landesrecht Ausnahmen ergeben. Ebenso rechnet er mit der grundsätzlichen Geltung der für das bürgerliche Recht anerkannten Voraussetzungen und Wirkungen der Aufrechnung. Das ist dann für die einseitige Aufrechnung zweier im öffentlichen Rechte begründeter Forderungen gegeneinander dahin verwertet, daß diese Aufrechnung unter Würdigung der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des württembergischen Verwaltungsgerichtshofs sowie des Reichsgerichts für zulässig erklärt wird, und zwar auch, wenn der Staat (Fiskus) es sei, welcher mit einer öffentlichrechtlichen Forderung aufrechne, und bei der Aufrechnung mit einer öffentlichrechtlichen Forderung gegen eine solche des Staates gemäß der Bestimmung des § 395 BGB. Darauf folgt die am meisten umstrittene und bestreitbare Hauptfrage nach der Aufrechnung von bürgerlichrechtlichen und öffentlichrechtlichen Forderungen in den beiden auseinander zu haltenden Fällen der Aufrechnung mit einer öffentlichrechtlichen Forderung gegen eine bürgerlichrechtliche Forderung und der Aufrechnung mit einer bürgerlichrechtlichen Forderung gegen eine öffentlichrechtliche Forderung. Hierbei wird als Regel gegen die hauptsächlichsten der bis jetzt in der Lehre und der Anwendung aufgestellten ent-

Digitized by Google

gegenstehenden Ansichten mit guten oder doch stets zu beachtenden Gründen gleichfalls für die Zulässigkeit Stellung genommen.

Weiter auf die verhältnismäßig selten vorkommende vertragsmäßige Aufrechnung übergehend, bejaht Hummel die Zulässigkeit eines solchen Vertrags zwischen gleichgestellten Personen und lehnt er die herrschende Meinung, wonach für Personen, von denen die eine der anderen untergeordnet ist, die rechtliche Möglichkeit eines Vertrags verneint wird, wenigstens in solcher Allgemeinheit ab. Denn die Gleichartigkeit des bürgerlichen und des öffentlichen Rechtes führe in vielen Beziehungen zu einem vorsichtigen Hereintragen privatrechtlicher Grundbegriffe in öffentlichrechtliche Verhältnisse und zu einer entsprechenden Anwendung privatrechtlicher Rechtssätze, sofern sich diese als Folgerungen eines dem geltenden öffentlichen Rechte angehörenden Rechtsbegriffs darstellen (z. B. Anwendung der privatrechtlichen Sätze über die Bedeutung des Auseinandergehens der Willenserklärungen für das Zustandekommen eines Vertrags) und mit dem Wesen des öffentlichen Rechtes in Einklang stehen.

Der prozeßrechtlichen Aufrechnung ist schließlich nur noch eine verhältnismäßig kurze, an Entscheidungen des Reichsgerichts anknüpfende Darstellung zuteil geworden. Sie wird für statthaft erachtet, indessen nur unter der Voraussetzung, daß das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, auch zur Entscheidung über den Anspruch zuständig ist, welcher durch die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung geltend gemacht wird.

Unter dem Vielen, was schon über die Aufrechnung im öffentlichen Rechte gesagt worden ist, werden auch Hummels Ausführungen allerdings noch nicht den Wert von abschließenden Urteilen haben. Dazu dürfte eben die von mir a. a. O. für notwendig bezeichnete, zunächst stückweise und dann umfassende Untersuchung unentbehrlich sein. Aber im Rahmen einer bloßen Abhandlung wird sie die Beantwortung der Streit- und Zweifelsfragen fördern und erleichtern, wenigstens dazu beitragen, die bisherige große Meinungsverschiedenheit etwas zu verringern. Jedenfalls darf die Lehre an ihr nicht vorbeigehen, und oft wird auch die Anwendung im einzelnen Falle dafür unmittelbar recht Brauchbares aus ihr entnehmen können.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

Kurze Anzeigen.

Dr. jur. Eduard Hubrich, o. ö. Professor der Rechte in Greifswald, Die Korporationsnatur der preußischen Universitäten. Archiv des öffentlichen Rechtes — J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen — Bd. 38 Heft 2/4 (1918) S. 219—258.

Die rechtliche Eigenschaft der Universitäten in Preußen, ob sie Korporationen des öffentlichen Rechtes oder der Aufsicht und Leitung der zuständigen Staatsbehörde (des Unterrichtsministeriums) unterstehende Staatsanstalten sind, ist sehr bestritten. In der oben genannten Abhandlung tritt Hubrich mit Entschiedenheit in gründlichen Ausführungen, die mit verschiedenen früheren verwandten Arbeiten (vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 26 S. 254 und 364) im Zusammenhange stehen und manches Neue oder schon Bekanntes doch in wertvoller anderer Beleuchtung bringen, für die Korporationsnatur und allein für sie ein. Unter den Anhängern der Gegenansicht befinden sich Hatschek in seiner Bd. 17 S. 307 ff. des Verwaltungsarchivs veröffentlichten Abhandlung, wennschon nicht ohne gewisse Einschränkungen, und Bornhak in der Abhandlung daselbst Bd. 18 S. 1 ff. insofern, als er die Universitäten in Preußen gleichzeitig für Staatsanstalten und Korporationen ansieht. Mit Rücksicht hierauf sei auf Hubrichs Bekämpfung dieser Gegenansicht, durch welche, selbst wenn sie nicht abschließend wirken sollte, unter allen Umständen die Beantwortung der Streitfrage wesentlich gefördert worden ist, besonders hingewiesen, dies um so mehr, als sie außerdem noch geeignet ist, nebenbei zur Klarstellung der rechtlichen Eigenschaft der Gemeinden, Zünfte, Innungen und Kirchengesellschaften beizutragen.

Dr. Karl Friedrichs, Justizrat in Düsseldorf, Eigentum an öffentlichen Wegen. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes — Franz Vahlen, Berlin — 62. Jahrg. 4. und 5. Heft (1918) S. 456—478.

Der Altmeister unseres Verwaltungsrechts Otto Mayer, der am 1. Oktober d. Js. in den Ruhestand getreten ist, hat überaus vielfach mit vollstem Erfolge dem Verwaltungsrechte neue Wege gewiesen und es durch eine Fülle neuer Gedanken bereichert. Allein, keinem Sterblichen ist es vergönnt, immer zu siegen, und zu den selten wenigen Einzelheiten, bei denen Otto Mayer auf fast vollständigen Widerspruch gestoßen ist, gehört die Lehre vom öffentlichen (öffentlichrechtlichen) Eigentume, für die er zwar nicht als erster, aber doch mit großer Entschiedenheit eingetreten ist, zuletzt in der zweiten Auflage seines Deutschen Verwaltungsrechts Bd. 2 (1917) S. 71 ff. So sehr auch diese Lehre von ihm näher begründet, von der anderen Seite aber abgelehnt worden ist, eine eingehende Widerlegung hatte sie bisher noch nicht gefunden. Nunmehr ist eine solche von Friedrichs für das Gebiet des Wegerechts und das Eigentum an Wegen, wo die Lehre besonders große Bedeutung hat, unternommen worden, wohl überzeugend und mit dem richtigen Ergebnisse, daß es sich bei dem Eigentum an einem öffentlichen Wege, dem Wegekörper, um bürgerliches Eigentum handelt, das

Digitized by Google

durch die Bestimmung zum öffentlichen Gebrauche soweit beschränkt ist, als diese Bestimmung es erfordert. Weil Otto Mayer ebensogut wie gar keine Zustimmung gefunden hat, hätte vielleicht davon abgesehen werden können, hier auf die Abhandlung von Friedrichs noch besonders aufmerksam zu machen. Indessen diese enthält so viele Ausführungen, die in ihr nicht ohne weiteres gesucht werden, daß es sich empfiehlt, die Beachtung aller, die mit dem Wegerechte zu tun haben, auf sie zu lenken. Ohne insoweit erschöpfend sein zu wollen, seien als solche Ausführungen hervorgehoben die über das domaine public des französischen und linksrheinischen Rechtes, die Zulässigkeit des Bestehens und der Einräumung von Rechten und Befugnissen, selbst von Hypotheken, an einem öffentlichen Wege für Einzelne, das Wesen des Eigentums und die Befugnisse des Eigentümers, den Begriff des Grundstücks, die öffentlichen Wege auf Eisflächen, Brücken, Gerüsten und Deichen und die Möglichkeit, daß ein und dasselbe Grunstück sowohl als öffentlicher Weg wie auch zugleich zu anderen Zwecken dienen kann, ohne daß das eine oder das andere überwiegt.

Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden vornehmlich aus dem Gebiete des auf reichsgesetzlichen Bestimmungen beruhenden Verwaltungs- und Polizeistrafrechts (einschließlich des gesamten Arbeiterversicherungsrechts). Begründet von Anton Reger †, Kgl. Regierungsdirektor und Rat a. D. des Kgl. bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, fortgesetzt von Dr. jur. Rudolf Oeschay, Privatdozent an der Universität Leipzig. 38. Band. Heft 1. Mit Beilage. 80 S. München 1918. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Preis des Jahrganges 18 *M*.

Wie selten kommt es vor, daß jemand 37 Bände einer von ihm begründeten Zeitschrift herausgeben kann. Reger ist dies zuteil geworden. Er war hierzu durch große Gaben besonders befähigt, namentlich durch umfassende Kenntnisse und reiche Erfahrungen auf dem Rechtsgebiete, dem die „Entscheidungen" zu dienen bestimmt sind, und durch eine seltene Arbeitslust und Arbeitsfähigkeit. Dem hat der Erfolg entsprochen. Die „Entscheidungen" erfreuen sich weitester Verbreitung, welche, abgesehen von den Verdiensten Regers, ihren Grund ganz besonders darin hat, daß sie einen vielseitigen Stoff in möglichst erschöpfender Weise bringen.

Reger ist am 18. März 1918 gestorben. Das jetzt erschienene 1. Heft des neuen Bandes hat er noch teilweise vorbereiten können, auch selbst einige darin abgedruckte Anzeigen aus dem Schrifttume geliefert. Eingangs des Heftes widmen ihm der Verlag und der neue Herausgeber einen Nachruf, an dessen Schlusse sie sagen, daß sie das Andenken des Verstorbenen nicht aufrichtiger und nicht besser ehrten, als wenn sie sich bestrebten, „Regers Entscheidungen" im Sinne ihres Begründers weiter zu führen.

Einer solchen Weiterführung kann nur zugestimmt werden. Das neue Heft entspricht in seinem reichhaltigen Inhalt und in dessen Bearbeitung vollständig dem, was die „Entscheidungen" bisher geboten und sie für Lehre und Anwendung so wertvoll gemacht haben.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

Dr. jur. Fritz Stier-Somlo, Professor, Kommentar zum Umsatzsteuergesetze vom 26. Juli 1918 sowie den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom selben Tage und den preuß. Ausführungsbestimmungen vom 1. August 1918. 2. Aufl. des Kommentars über das Warenumsatzsteuergesetz. Berlin 1918, Vahlen. 300 S. Geb. Preis 8 *M*.

O. Lindemann, Geh. Ober-Justizrat, dasselbe. Berlin 1918, Guttentag. 211 S. Geb. Preis 5,50 *M*.

H. Weinbach, Regierungsrat, dasselbe. Berlin 1919, Carl Heymanns Verlag. 402 S. Geb. Preis 8 *M*.

Die drei Ausgaben haben sämtlich die äußere Gestalt von sog. Textausgaben mit Anmerkungen, enthalten inhaltlich aber vollständige Kommentare zu den 44 Paragraphen des Gesetzes, wie schon aus den Seitenzahlen ersichtlich ist. Alle bringen auch die Reichs- und preußischen Ausführungsbestimmungen, Stier-Somlo die ersteren unmittelbar im Anschluß an die einzelnen Paragraphen, Weinbach außerdem die wichtigen Fin.-Min.-Verfügungen, betreffend Mitwirkung der Zollstellen. Die amtlichen Materialien werden von allen drei Verfassern umfangreich herangezogen; daneben ergiebt sich ein Unterschied durch die Berufsstellung der Verfasser. Stier-Somlo ist Theoretiker, Lindemann Beamter der Justizverwaltung, Weinbach Vorstand eines Stempelamts, d. h. der mit der Ausführung des Gesetzes betrauten Behörde. Der letztgenannte dringt am tiefsten in die künftige Gestaltung der Praxis ein; Lindemann legt das Schwergewicht auf die scharfe begriffliche Unterscheidung; Stier-Somlo sucht in geschickter Weise die theoretischen und praktischen Gesichtspunkte zu vereinigen, „eine gut geschriebene allgemeine und geschichtliche Einführung", die auch die Erläuterung der Sicherungsverordnung vom 2. Mai 1918 enthält — Weinbach und Lindemann behandeln sie beim § 8 — bildet die Grundlage, auf der sich seine ausführlichen Darlegungen aufbauen. — Das Gesetz wird den Behörden und dem Publikum viel zu schaffen machen. Es ist eine wahre Fundgrube für Zweifel juristischer und tatsächlicher Art, und wenn in den Kommissionsverhandlungen zu der Steuerpflicht des Eigenverbrauchs gesagt worden ist, daß sie viel Ärgernis und wenig Geld bringen werden, so kann man das auch von vielen anderen Bestimmungen behaupten; hinzufügen muß man aber, daß kein Gesetz geeigneter ist als dieses, für Drückeberger, Schieber und gewandte Gesetzesumgeher einen Tummelplatz abzugeben und die ohnehin schon tief gesunkene Gesetzesmoral noch weiter zu untergraben. Man denke an die Pflicht der Landwirte, all ihren Verbrauch an Milch, Eiern, Geflügel, Roggen, Butter, Käse usw. zur Steuer anzumelden. — Das Beste ist noch der § 44, der dem Gesetze zum 31. Dezember 1923 ein Ziel setzt und die gesetzgebenden Faktoren zwingt, sich noch einmal schlüssig zu machen, ob das Gesetz weiter bestehen soll.

v. Keil.

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

III.

Die Zusammenrechnung des Vermögens der Ehegatten bei der Besitzsteuer.[1])

(BStG. § 14, § 74 Abs. 2.)

Von Herrn Senatspräsidenten a. D., Geheimen Rat Hallbauer in Dresden*).

1.

Es muß sich um Ehegatten handeln, und zwar muß die Ehegatteneigenschaft beim Ablaufe des Stichtags (Schlußtermins) des Veranlagungszeitraums, z. B. des 31. Dezember 1916, noch vor-

*) Der kürzlich verstorbene Verfasser dieser Abhandlung ist in weiten Kreisen besonders als Mitherausgeber der Leipziger Juristischen Hausbibliothek, in der er selbst „Die Kgl. Preuß. Gesetzgebung über die Landwirtschaftskammern", „Das Hypothekenrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs", „Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen" und „Das deutsche Vormundschaftsrecht" veröffentlicht hat, bekannt. Außerdem hat er namentlich eine größere Anzahl von Aufsätzen aus dem Gebiete des Steuerrechts in Zeitschriften geschrieben. — Die Schriftleitung.

[1]) Literatur: Glaser, Besitzsteuergesetz 1917; Buck, Besitzsteuergesetz 1916; Rheinstrom, Besitzsteuergesetz 1917; Mrozek, Besitzsteuergesetz 1917; Köppe, Besitzsteuergesetz 1917; Köppe und Varnhagen, Kriegssteuergesetz und Besitzsteuergesetz, 4. Aufl., 1917; Stier-Somlo, Kriegssteuergesetz und Besitzsteuergesetz 1916; Merkel, Kriegssteuergesetz und Besitzsteuergesetz 1916; Zimmermann, Besitzsteuergesetz 1916; Rheinstrom-Blum, Kriegssteuergesetz 1917; Staden und Friedländer, Kriegssteuergesetz; Strutz, Kriegssteuergesetz 1917.

Die Ausführungen dieses Aufsatzes greifen auch mutatis mutandis bei der Kriegssteuer Platz (Kriegssteuergesetz § 2).

§ 14 BStG.: Für die Veranlagung der Besitzsteuer wird das Vermögen der Ehegatten zusammengerechnet, sofern sie nicht dauernd voneinander getrennt leben. Die Ehegatten sind, falls ihr Vermögen hiernach zusammenzurechnen ist, der Staatskasse als Gesamtschuldner der Steuer verpflichtet.

§ 74 Abs. 2 BStG.: Wird im Falle des § 14 die Ehe innerhalb des Erhebungszeitraums aufgelöst oder fällt die Voraussetzung für die Zusammenrechnung des Vermögens weg, so sind die Ehegatten oder deren Erben zur Zahlung der noch nicht fälligen Teilbeträge der Steuer nach dem Verhältnis ihres Anteils an dem steuerpflichtigen Vermögenszuwachse verpflichtet.

Digitized by Google

handen gewesen sein[2]). Liegt ein Urteil vor, das die Scheidung der Ehe ausspricht, so ist die Zusammenrechnung nur dann ausgeschlossen, wenn das Urteil spätestens mit dem Ablaufe des Stichtags die Rechtskraft erlangt hatte. Ist das Scheidungsurteil (von Amts wegen, § 625 ZPO.) am 2. Dezember 1916 zugestellt, so tritt die Rechtskraft erst am 2. Januar 1917 ein (§§ 705, 516 ZPO.); die Zusammenrechnung ist also geboten. Ist die Zustellung am 29. November 1916 geschehen, so wurde das Urteil am 29. Dezember 1916 rechtskräftig; die Zusammenrechnung ist hier ausgeschlossen. War die Zustellung am 30. November 1916 erfolgt, so wird das Urteil mit dem Ablaufe des 31. Dezember 1916 rechtskräftig (§ 222 ZPO., § 188 BGB.); die Zusammenrechnung ist auch hier ausgeschlossen.

Das Gesetz kennt nun aber auch eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§§ 1575 ff. BGB.), und es fragt sich, ob die Rechtskraft eines darauf abzielenden Urteils die Zusammenrechnung beseitigt. Die Frage ist gegenstandslos, wenn die Eheleute bereits beim Eintritte der Rechtskraft dauernd voneinander getrennt lebten (§ 14 Satz 1 BStG.). Allein dies ist keineswegs immer der Fall. Die Bejahung der Frage ergibt sich aus § 1586 BGB., wonach mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten; die Sache wird also in jeder — nicht nur in privatrechtlicher — Beziehung so behandelt, als wenn die Ehe geschieden worden wäre[3]).

Liegt eine Ehe vor, die aus formellen Gründen nach § 1324 BGB. nichtig und nicht in das Heiratsregister eingetragen ist, so findet eine Zusammenrechnung nicht statt, und der als Gesamtschuldner in Anspruch genommene Ehegatte kann sich der Steuerbehörde gegenüber ohne weiteres auf die Nichtigkeit der Ehe berufen. Anders steht es in den Fällen der §§ 1325—1329 BGB. Hier kann der Ehegatte, der die steuerrechtlichen Folgen der Zusammenrechnung ablehnen will, mit seinem Einwande der Regel nach nur dann gehört werden, wenn er auf ein rechtskräftiges Nichtig-

[2]) Siehe hierzu auch unten bei Ziff. 6 und 7.

[3]) So auch Rheinstrom a. a. O. S. 63 Z. 3. Sachlich kommen zu demselben Ergebnisse Glaser a. a. O. S. 56 Z. 5 und Stier-Somlo a. a. O. S. 109 unter b, die jedoch die Sache nicht völlig zutreffend nur auf die Trennungsfrage abstellen.

Digitized by Google

keitsurteil oder ein ihm gleichstehendes Urteil Bezug nehmen kann (§ 1329 BGB., §§ 606, 629 Abs. 1, 2, 631 ff. ZPO.). Dasselbe hat zu gelten, wenn es sich um die Anfechtbarkeit der Ehe handelt (§§ 1330 ff. BGB., §§ 606, 629 Abs. 1, 2 ZPO.[4]). In beiden Fällen wirkt aber das Urteil auf den Zeitpunkt der Eheschließung zurück, die Ehe gilt von Haus aus als nichtig (§ 1343 BGB.), so daß die steuerrechtlichen Folgen der Zusammenrechnung, wozu insbesondere die gesamtschuldnerische Haftung der Eheleute gehört, vollständig in Wegfall kommen. Auf diesen Gebieten ist also das Nichtigkeitsprinzip auch dann zu beachten, wenn seine Rechtskraft hinter dem Stichtage des Veranlagungszeitraums liegt; insbesondere ist ein solches Urteil auch dann zu berücksichtigen, wenn es erst im Steuerrechtsmittel-Verfahren erlassen und rechtskräftig geworden ist. Ein Urteil dieser Art, das erst nach der rechtskräftigen Festsetzung der Steuer ergeht, kann freilich nach allgemeinen Grundsätzen nicht mehr beachtet werden. Hier wäre nur ein Billigkeitserlaß durch den Bundesrat möglich (Ausfbest. d. B. § 69 Abs. 5).

2.

Die Sache liegt nicht so, daß dem Ehemanne das Vermögen der Ehefrau hinzugerechnet wird; in diesem Falle wäre nur der Ehemann steuerpflichtig, weil nur er für die Zwecke der Steuererhebung als Inhaber, als Träger des Gesamtvermögens zu gelten hätte. Vielmehr wird das Vermögen der Eheleute zusammengerechnet. Es soll steuerlich als eine einheitliche Vermögensmasse behandelt werden, als deren Träger und Inhaber beide Eheleute zu gelten haben; es ist gewissermaßen eine steuerrechtliche Gütergemeinschaft vorhanden, aus der sich die solidarische Haftung der Eheleute für die Steuer als notwendige Folge ergibt. Steuerpflichtig sind bei dieser Regelung der Steuerfrage beide Eheleute; denn sie sind die Träger

[4]) Die Nichtigkeitsklage ist ausgeschlossen, wenn die Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst worden ist (§ 1329 BGB.); hier kann der überlebende Ehegatte auch der Steuerbehörde gegenüber den Nichtigkeitseinwand ohne weiteres erheben. Soweit die Anfechtung der Ehe ohne Klage gestattet ist, muß der überlebende Ehegatte, will er seine Rechte der Steuerbehörde gegenüber wahren, nach § 1342 BGB. vorgehen. So, wie hier, s. auch Mrozek a. a. O. S. 70 Z. 4 und Strutz a. a. O. S. 76 und die dort angeführte Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Digitized by Google

und Inhaber der der Steuer unterworfenen Vermögensmasse. Sind nun aber beide Eheleute steuerpflichtig, so folgt daraus konsequenterweise:

a) daß zur Abgabe der Besitzsteuererklärung die Eheleute beide gemeinsam verpflichtet sind.

Wenn die Ausführungsbestimmungen des Bundesrats in § 17 Abs. 1 die Besitzsteuererklärung nur dem Manne auferlegen, so ist dies nicht korrekt und entspricht der Auffassung, die oben als unrichtig zurückgewiesen worden ist. Indessen ist es Sache der Steuerbehörde, ob sie sich zunächst mit einer Besitzsteuererklärung des Mannes begnügen will. Jedenfalls ist ihr aber das Recht zugesprochen, auch von der Ehefrau eine Besitzsteuererklärung einzufordern (§§ 52 Abs. 2, 54) und von ihr Nachweise im Sinne von § 57 zu beanspruchen [5]). Diese Befugnis wird besonders dann wertvoll sein, wenn die Ehefrau vorbehaltenes Vermögen besitzt, oder wenn zwischen den Eheleuten Gütertrennung besteht, weil der Mann in diesen Fällen des öfteren nicht in der Lage sein wird, über das Vermögen seiner Frau verläßliche Auskunft zu geben. Hat die Ehefrau wegen Geschäftsunfähigkeit einen gesetzlichen Vertreter, so kann die nötige Auskunft nach § 59 von diesem beansprucht werden;

b) daß zu den Steuerpflichtigen im Sinne von §§ 10, 11, 27, 30, 34, 58, 62, 63, 64, 68, 71, 72, 74, 82 des Gesetzes auch die Ehefrau gehört;

c) daß der Steuer- und der Feststellungsbescheid im Sinne von § 65 mit auf den Namen der Ehefrau zu stellen und auch ihr zu erteilen und zuzufertigen ist;

d) daß auch der Frau — für ihre Person selbständig — die Rechtsmittel gegen den Steuer- und den Feststellungsbescheid gegeben sein müssen [6]);

e) daß die in §§ 76 ff. des Gesetzes erwähnten Vergehen unter

---

[5]) So, wie hier, Glaser S. 55 Z. 2; anders Buck S. 66.

[6]) So, wie hier, Glaser S. 57 Z. 7, Zimmermann S. 164 Anm. 5, Mrozek S. 73 Z. 8. Anderer Ansicht sind Rheinstrom S. 228 Z. 3 und Buck S. 66, die zu Unrecht den Güterstand der Eheleute entscheiden lassen. Auch bei dem gesetzlichen Güterstand und dem eingebrachten Gute der Frau ergibt sich übrigens das Rechtsmittelinteresse der Frau ohne weiteres aus § 1717 des Gesetzes.

Digitized by Google

Umständen auch von der Frau als Täterin oder Mittäterin (§ 47 RStGB.) begangen werden können.

3.

Die Zusammenrechnung bezieht sich auf das gesamte Vermögen der Ehegatten, nicht nur auf das der ehemännlichen Nutznießung unterworfene Vermögen der Ehefrau. Sie findet auch dann statt, wenn die Ehefrau vorbehaltenes Vermögen besitzt, oder wenn zwischen den Ehegatten Gütertrennung stattfindet. Nicht minder greift sie Platz, wenn bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Vorbehaltsgut (§ 1440 BGB.), bei der Errungenschaftsgemeinschaft eingebrachtes Gut (§§ 1520 ff. BGB.) oder Vorbehaltsgut (§ 1526 BGB.), bei der Fahrnisgemeinschaft unbewegliches Vermögen, eingebrachtes Gut oder Vorbehaltsgut (§§ 1549 ff. BGB.) vorhanden ist. *Die Gestaltung des ehelichen Güterrechts ist für die Frage der Besitzsteuerveranlagung einflußlos; sie kann nur erheblich werden, wenn es sich darum handelt, die Steuerlast im Innenverhältnisse der Eheleute zueinander zu regeln.*

4.

Das Vermögen der Eheleute bildet steuerlich eine einheitliche Vermögensmasse; es ist also steuerbar, wenn es *zusammengerechnet* mehr als 20 000 ℳ und wenn der *Gesamtzuwachs* mehr als 10 000 ℳ beträgt (§ 12, § 13 Abs. 1). Nicht selten wird erst *infolge der Zusammenrechnung* die Vermögensgrenze von 20 000 ℳ und die Zuwachsgrenze von 10 000 ℳ überschritten werden, so daß die Eheleute steuerpflichtig sind, während sie bei getrennter steuerlicher Behandlung steuerfrei ausgehen würden. Außerdem wird in vielen Fällen der *Steuersatz* durch die Zusammenrechnung erhöht werden, da der prozentuale Steuersatz nach § 25 mit der Höhe des Zuwachses und des Vermögens steigt. So tritt Steuerpflicht ein, wenn das Vermögen des Ehemanns von 20 000 ℳ auf 25 000 ℳ (§ 12), das der Ehefrau von 8000 ℳ auf 20 000 ℳ (§ 13 Abs. 1) gewachsen ist. Hier beträgt das Gesamtvermögen 45 000 ℳ, der Gesamtzuwachs 17 000 ℳ, so daß weder § 12 noch § 13 Abs. 1 einschlagen kann. Unterstellt man bei den Eheleuten ein Vermögen von je 85000 ℳ und einen Zuwachs von je 60 000 ℳ, so würde die Steuer bei getrennter Berechnung

Digitized by Google

2×540 ℳ, bei einheitlicher dagegen 1380 ℳ betragen. Nicht minder kann die Zusammenrechnung die Folge haben, daß der bei der Einzelberechnung platzgreifende § 13 Abs. 2 ausgeschaltet wird.

Zu bemerken ist endlich, daß die in § 28 Abs. 3 vorgeschriebene Abrundung nicht bei den Einzelvermögen, sondern nur bei dem Gesamtvermögen eintritt. Beträgt das ehemännliche Vermögen 17 777 ℳ, das eheweibliche 18 888 ℳ, so liegt nicht eine steuerbare Vermögensmasse von 35 000 ℳ (17 000 + 18 000 ℳ), sondern eine solche von 36 000 ℳ vor. Danach bestimmt sich auch die Zuwachsberechnung [7]).

5.

Liegt die Sache so, daß der eine Ehegatte überhaupt kein steuerbares Vermögen hat (nur die Ehefrau besitzt — vorbehaltenes — Vermögen, das während des Veranlagungszeitraums von 75 000 ℳ auf 90 000 ℳ steigt), so wird dadurch, da das vorhandene steuerbare Vermögen nach der Grundauffassung des Gesetzes als gemeinsames Vermögen von beiden Eheleuten steuerlich zu vertreten ist, an der Gesamthaftung der Eheleute für die Steuer nichts geändert. Sie kann auch in diesem Falle praktisch werden, wenn der vermögende Ehegatte hinterher sein Vermögen verliert, der vermögenslose dagegen später zu Vermögen kommt. Übrigens kann die Sache auch so liegen, daß der eine Ehegatte zwar kein steuerbares Vermögen, aber eine wertvolle fahrende Habe besitzt, die für die Steuerschuld gepfändet werden kann (§§ 8, 72).

Ist der eine Ehegatte überschuldet, so wird dadurch der durch die günstige Vermögenslage des andern Teiles begründete steuerbare Zuwachs gemindert, unter Umständen sogar völlig aufgehoben; denn es kommt immer auf das Gesamtergebnis an.

Hat der Ehemann am Anfange des Veranlagungszeitraums 30 000 ℳ Aktiven und 30 000 ℳ Passiven, am Schlusse desselben aber 30 000 ℳ Aktiven, 50 000 ℳ Passiven, die Ehefrau dagegen am Anfange des Veranlagungszeitraums 20 000 ℳ Aktiven und 10 000 ℳ Passiven, am Schlusse 60 000 ℳ Aktiven und 20 000 ℳ Passiven, so liegt ein steuerbarer Zuwachs nicht vor. Allerdings hat sich das Vermögen der Ehefrau um 30 000 ℳ vermehrt, so daß sie, für sich

[7]) So auch Mrozek S. 70 Z. 1; Glaser S. 92 Z. 3; Köppe S. 97; Zimmermann S. 87 Z. 14.

Digitized by Google

allein betrachtet, steuerpflichtig wäre; allein das Gesamtrechenwerk ist folgendes: Gesamtvermögen am Anfange des Veranlagungszeitraums 50 000 ℳ Aktiven und 40 000 ℳ Passiven, also Reinvermögen 10 000 ℳ; Gesamtvermögen am Schlusse des Veranlagungszeitraums 90 000 ℳ Aktiven und 70 000 ℳ Passiven, also Reinvermögen 20 000 ℳ. Der Zuwachs von 10 000 ℳ ist nach § 12 nicht steuerbar. Daraus folgt, daß die Zusammenrechnung unter Umständen auch einem der Eheleute zum Vorteile gereichen kann. Ist trotz der Ueberschuldung des einen Teiles ein steuerbarer Zuwachs vorhanden, so haftet auch in diesem Falle der überschuldete Teil aus dem oben dargelegten Grunde — unter Umständen auch mit greifbaren Ergebnissen — solidarisch für die Steuerschuld.

6.

Der normale Fall besteht darin, daß die Voraussetzungen der Zusammenrechnung am Anfang und am Schlusse und während des Veranlagungszeitraums vorhanden waren. Hier werden auf der einen Seite die beiden Anfangs-, auf der anderen die beiden Schlußvermögen zusammengerechnet, und der Überschuß der Schlußgesamtsumme über die Anfangsgesamtsumme ergibt den steuerbaren Zuwachs. In der Regel wird die Anfangsgesamtsumme schon infolge der Feststellung beim Wehrbeitrag oder bei der vorangegangenen Besitzsteuerveranlagung feststehen; ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, so hat diese Feststellung noch zu erfolgen.

Liegt die Sache so, daß die Voraussetzungen der Zusammenrechnung am Anfange des Veranlagungszeitraums vorlagen, während desselben wieder wegfielen, vor seinem Schlusse aber wieder eintraten:

> Die Ehe bestand am Anfange des Veranlagungszeitraums, wurde rechtskräftig geschieden, vor dem Schlusse aber durch anderweite Eheschließung erneuert.
>
> Die Eheleute trennten sich während des Veranlagungszeitraums, zogen dann aber wieder zusammen —,

so gilt als Anfangstermin der Zuwachsberechnung nicht etwa der Tag des Wiedereintritts der Voraussetzungen der Zusammenrechnung, sondern nach wie vor der Anfangstermin des Veranlagungszeitraums. Die Zusammenrechnung tritt allemal dann ein, wenn ihre Voraussetzungen nur am Stichtag, am Schlusse des Veranlagungs-

Digitized by Google

zeitraums, gegeben sind; ist dies der Fall, so hat die Feststellung des Anfangsvermögens unter allen Umständen für den Zeitpunkt des Anfangstermins des Veranlagungszeitraums zu erfolgen, §§ 19, 2[8]).

7.

Besonders ins Auge zu fassen sind die Fälle, wo die Voraussetzungen der Zusammenrechnung erst während des Veranlagungszeitraums eintreten. Der Hauptfall ist hier der, daß die Ehe erst während des Veranlagungszeitraums geschlossen wird.

Hier ist das steuerbare Anfangsvermögen dadurch zu gewinnen, daß die am Anfangstermine[9]) vorhanden gewesenen, steuerlich festgestellten Einzelvermögen zusammenzurechnen sind; hatte noch keine Feststellung der Einzelvermögen stattgefunden, so ist sie für die Zwecke der gemeinschaftlichen Veranlagung vorzunehmen (s. Ausf.Best. § 26 Abs. 1). Findet die Eheschließung am 31. Dezember statt, so ist die Zusammenrechnung geboten; denn die Eheschließung vollzieht sich noch vor dem Ende des mit dem Ablaufe des 31. Dezember schließenden Veranlagungszeitraums. Erfolgt jedoch die Eheschließung zwar nach dem Ablaufe des Veranlagungszeitraums, aber vor der behördlichen Veranlagung der Steuer, vor der Festsetzung der Steuer für den Veranlagungszeitraum, so findet die Zusammenrechnung für den abgelaufenen Veranlagungszeitraum nicht mehr statt; sie kann nur für den nächstfolgenden Veranlagungszeitraum in Frage kommen.

Dieselben Erwägungen greifen Platz, wenn die Eheleute, die am Anfange des Veranlagungszeitraums getrennt gelebt hatten, vor dessen Schlusse wieder zusammenziehen. Auch hier ist der Ablauf des 31. Dezember maßgebend, so daß die Zusammenrechnung Platz greift, wenn die Eheleute am 31. Dezember zusammengezogen sind, nicht aber dann, wenn sie dies zwar nach Ablauf des Veranlagungszeitraums, aber vor der Veranlagung der Steuer für *diesen* Zeitraum getan haben.

---

[8]) Damit nicht zu verwechseln ist der Fall, wo die *Steuerpflicht* beider Eheleute während des Veranlagungszeitraums wegfällt und wieder eintritt. Hier ist allerdings als Anfangstermin der Steuerberechnung der Tag des Wiedereintritts der Steuerpflicht wirksam. (§ 22.)

[9]) Maßgebend bleibt nach wie vor der Anfangstermin des *Veranlagungszeitraums*; anders ist es nur, wenn die Steuerpflicht der Eheleute erst während des Veranlagungszeitraums eintritt.

Digitized by Google

8.

Die Sache kann so liegen, daß der eine Ehegatte beschränkt, der andere unbeschränkt steuerpflichtig ist: die Eheleute sind Deutsche und halten sich am Stichtage der Veranlagung dauernd im Ausland auf, ohne einen Wohnsitz im Deutschen Reiche zu haben; während der Ehemann sich seit drei Jahren im Ausland aufhält, ist dies bei der Ehefrau erst seit einem und einem halben Jahre der Fall (§ 11 Z. I 1), der Ehemann besitzt inländisches Grund- und Betriebsvermögen (§ 11 Z. II).

Hier sind die Meinungen geteilt.

Glaser S. 55 meint, daß auch in diesem Falle die beiden steuerbaren Vermögensmassen zusammenzurechnen seien, und auch Rheinstrom scheint dieser Ansicht zu sein (S. 63 Z. 4), ebenso Zimmermann S. 62 Z. 3.

Mrozek S. 70 Z. 4 ist ohne nähere Begründung anderer Ansicht.

Meines Erachtens ist Glaser beizutreten. Der Wortlaut des Gesetzes ist ganz allgemein, und auch die ratio legis verlangt keine Ausnahme. Es ist eben ein Produkt zu bilden aus dem Gesamtvermögen des unbeschränkt steuerpflichtigen Ehegatten und dem steuerbaren Vermögen des beschränkt steuerpflichtigen. Soweit der Schuldenabzug in Frage kommt, kann freilich der beschränkt steuerpflichtige Ehegatte nur die Schulden in Abzug bringen, die zu seinen steuerbaren Vermögensstücken in wirtschaftlicher Beziehung stehen (§ 10 Abs. 3). Auch in diesem Falle gelten die Eheleute als Gesamtschuldner.

9.

Liegt die Sache so, daß der eine Ehegatte unbeschränkt, der andere überhaupt nicht steuerpflichtig ist [10]), so finden nach der herrschenden Meinung § 14 und die dadurch begründete Gesamthaftung

[10]) Ein Fall dieser Art kann eintreten, wenn bei einem Ehepaare, das beiderseits die deutsche Reichsangehörigkeit besitzt und in Deutschland keinen Wohnsitz hat, sich der eine Teil seit drei Jahren, der andere erst seit einem Jahre dauernd im Ausland aufhält. Von dem deutschen Ehepaare, für das der 31. Dezember 1916 als Stichtag in Frage kommt, hat sich der Ehemann seit dem 1. Juli 1912 dauernd in Amsterdam aufgehalten, die Ehefrau aber, die bis zum 1. Juli 1916 in Dresden gewohnt hatte, erst seit diesem Tage. Hier ist nach § 11 I Z. 1 der Ehemann nicht, wohl aber die Frau unbeschränkt steuerpflichtig.

Digitized by Google

der Eheleute keine Anwendung [11]). Ich teile diese Ansicht nicht. Der § 14 beruht auf dem Grundgedanken, daß eine Erörterung der oft kaum zu lösenden Frage, ob Vermögensstücke dem Manne oder der Frau gehören, vermieden werden soll. Es soll das in Frage stehende Vermögen, mag es nun **juristisch-technisch** beiden Eheleuten oder nur einem derselben gehören, unter allen Umständen **steuer-technisch** als eine gemeinschaftliche Vermögensmasse betrachtet werden, als deren Träger beide Eheleute anzusehen sind. Dadurch soll gleichzeitig Verschiebungen, die das Steuerinteresse des Fiskus gefährden könnten, vorgebeugt werden. Als Konsequenz dieser Auffassung tritt dann die Gesamthaftung der Eheleute zutage. Es findet eben nicht eine „Zurechnung des Frauenvermögens zum Mannesvermögen", sondern eine „Zusammenrechnung beider Vermögen" statt.

10.

§ 14 findet zweifellos auch dann Anwendung, wenn beide Eheleute beschränkt steuerpflichtig sind: von einem in Amsterdam wohnhaften holländischen Ehepaare besitzt die Frau ein Hausgrundstück in Dresden, der Mann eine Margarinefabrik in Westphalen, § 11 Ziff. II. Auch hier wird das steuerbare Vermögen der Eheleute zusammengerechnet, wobei diese gesamtschuldnerisch für die Steuer haften. In diesem Falle würde auch das Grundstück der Ehefrau ohne ihre Zustimmung zur Deckung der Steuer zwangsweise versteigert werden können. Andererseits gelten hier, soweit es sich um die Ermittelung des steuerpflichtigen Reinvermögens handelt, für den Schuldenabzug die Grundsätze des § 10 Abs. 3, so daß nur die Schulden in Abzug gebracht werden können, die zu den steuerbaren Vermögenswerten in wirtschaftlicher Beziehung stehen. So kann die Frau eine Hypothekenschuld kürzen, die sie für den rückständig gelassenen Kaufpreis des Grundstücks bestellt hat, nicht aber eine Hypothek, die sie dem Gläubiger eines Freundes aus Gefälligkeit zur Deckung einer Darlehensschuld gewährte; der Mann kann die Geschäftsschulden aus seinem Fabrikbetrieb in

[11]) So Mrozek S. 70 Z. 4, Rheinstrom S. 63 Z. 4, Glaser S. 55 Z. 3. Anscheinend wie hier für einen verwandten Fall Zimmermann S. 62 Z. 4.

Digitized by Google

Abzug bringen, nicht aber eine private Darlehensschuld, mag er auch dafür Waren seines Geschäfts verpfändet haben [12]).

11.

Schwieriger gestaltet sich die Sache, wenn man unterstellt, daß nur einer der Ehegatten beschränkt steuerpflichtig ist, wenn man also den oben erwähnten Fall dahin abändert, daß nur die Frau ein Hausgrundstück in Dresden besitzt, während der Mann sein Geschäft in Amsterdam betreibt. Es fragt sich, ob auch hier § 14 in der Weise praktisch wird, daß auch der Mann für die etwa vorhandene Besitzsteuerschuld als Gesamtschuldner mit haftet. Glaser S. 55 Z. 3, Mrozek S. 70 Z. 4 und Rheinstrom S. 63 Z. 4 scheinen dies zu verneinen. Ich meine aber, daß die Frage zu bejahen sei. Der § 14 steht auf einem ganz anderen Standpunkt als das preußische Ergänzungssteuergesetz, das „von einer Hinzurechnung des Vermögens der Frau zu dem des Mannes", nicht aber von einer „Zusammenrechnung der Vermögen" spricht. Nach § 14 soll aus volkswirtschaftlichen und steuerpolitischen Gründen überhaupt nicht erörtert werden, ob das Vermögen dem Manne oder der Frau gehört, das Vermögen soll, gleichviel, ob es juristisch dem Manne oder der Frau gehört, steuerlich als eine beiden Eheleuten gemeinsame, einheitliche Vermögensmasse betrachtet und folgegemäß auch von beiden solidarisch versteuert werden. Deshalb ist der gleichlautenden Ansicht Zimmermanns S. 62 Z. 4 durchaus beizupflichten.

12.

1. Die Zusammenrechnung findet nicht statt, sofern die Ehegatten dauernd voneinander getrennt leben. Maßgebend ist auch hier der Stichtag des Veranlagungszeitraums, also der 31. Dezember (1916, 1919, 1922) [13]); nicht ist entscheidend der Zeitpunkt der Feststellung der Steuer. Lebten die Eheleute am 31. Dezember 1916 getrennt, und zogen sie erst am 5. Februar 1917 wieder zusammen, so ist die Zusammenrechnung für den Veranlagungszeitraum vom 1. Januar 1914 bis 31. Dezember 1916 ausgeschlossen. Fand die Trennung der Eheleute gerade am 31. Dezember statt, so ist die

[12]) Vgl. dazu den Aufsatz des Verfassers in der Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern Jahrg. 1918.

[13]) So auch Mrozek S. 72 unter Bezugnahme auf ein Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Digitized by Google

Zusammenrechnung ausgeschlossen. Sie ist geboten, wenn sie sich am 31. Dezember wieder vereinigten. Es kommt auf den Tatbestand an, wie er beim Ablaufe des 31. Dezember vorlag.

2. Von einem „getrennt leben" kann nur dann gesprochen werden, wenn „die häusliche und wirtschaftliche Gemeinschaft der Ehegatten" aufgelöst ist, wenn der gemeinschaftliche Haushalt und die ungetrennte Wirtschaftsführung, die die Zusammenrechnung der Vermögen als praktisch und geboten erscheinen ließen, weggefallen sind. Dabei braucht keineswegs an eine innere, seelische Entzweiung der Ehegatten im Sinne des Eherechts gedacht zu werden; denn es handelt sich hier um eine Erscheinung, die es lediglich mit der äußeren, wirtschaftlichen Seite des Ehelebens, nicht mit den inneren, seelischen Empfindungen der Eheleute zu tun hat. Es wird nicht selten Fälle geben, wo sich die Eheleute in gegenseitigem Einvernehmen, lediglich aus wirtschaftlichen Gründen, trennen, weil sie genötigt sind, an verschiedenen Orten getrennt dem Erwerbe nachzugehen und eine gemeinsame Wirtschaftsführung nicht möglich ist. Die Trennung braucht nicht notwendig eine räumliche Entfernung in sich zu schließen, sie kann auch dann vorhanden sein, wenn die Eheleute verschiedene Stockwerke desselben Hauses oder verschiedene Zimmer desselben Stockwerkes bewohnen, aber, unter Aufhebung jeden Verkehrs, völlig getrennte Wirtschaft führen [14]).

3. Die Trennung muß — so wird gesagt — eine auf die Dauer berechnete sein. Dies subjektive Erfordernis muß wenigstens in allen den Fällen gegeben sein, wo die Trennung auf dem Willen beider Eheleute oder doch wenigstens eines derselben beruht. In diesem Falle muß der Wille beider Eheleute oder doch wenigstens eines derselben darauf gerichtet sein, die Ehe in absehbarer Zeit nicht wieder herzustellen. Die Absicht, die Ehe nie wieder herzustellen, ist nicht erforderlich; so intensiv braucht der Trennungswille nicht zu sein. Auch dann wird dauernde Trennung anzunehmen sein, wenn beide Eheleute davon ausgehen, daß die wirtschaftlichen oder sonstigen Verhältnisse, die die Trennung auf unbestimmte Zeit bedingten, sich später einmal ändern und eine Wiedervereinigung ermöglichen können.

---

[14]) Vgl. einen verwandten Fall, der der Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (St.) Bd. 13 S. 88 zugrunde liegt.

Digitized by Google

Hiernach sind alle Fälle auszuscheiden, wo der Wille der Eheleute oder eines derselben nur auf vorübergehende Trennung gerichtet ist — für die Zwecke einer Kur, Geschäftsreise, einer Studienreise u. dgl.

Zu verwerfen ist aber die Meinung, daß eine unfreiwillige Trennung der Eheleute nie in Frage kommen könne [15]). Zweifellos ist sie unerheblich, wenn sie nur vorübergehend ist (infolge eines militärischen Kommandos, einer nicht allzu langen Freiheitsstrafe, des Kriegsdienstes, der Kriegsgefangenschaft u. dgl.). Sie kann aber erheblich werden, wenn sie dauernd ist und die eheliche Gemeinschaft und die gemeinsame Wirtschaftsführung ausschließt [16]), z. B. bei einer Verurteilung eines der Ehegatten zu lebenslänglicher oder langjähriger Freiheitsstrafe, bei der Unterbringung eines der Ehegatten in einer Anstalt wegen voraussichtlich unheilbarer Geisteskrankheit u. dgl.

4. An der Hand dieser Grundsätze ist jeder einzelne Fall genau unter die Lupe zu nehmen — er ist jedesmal quaestio facti. Ist zur Zeit der Trennung ein Scheidungsprozeß anhängig, so wird in der Regel dauernde Trennung anzunehmen sein, da hier der die Scheidung betreibende Ehegatte die Ehe annehmbar überhaupt nicht wieder herstellen will [17]). Darauf, ob einer der Ehegatten ein Recht zum Getrenntleben hat (§ 1353 Abs. 2 BGB. und § 627 ZPO.), kommt nichts an; es entscheidet der tatsächliche Zustand. Andererseits braucht eine Verfügung im Sinne von § 627 ZPO. nicht notwendig eine dauernde Trennung im Sinne von § 14 zu begründen [18]).

5. Fällt die am Anfange des Veranlagungszeitraums bestehende Trennung vor dem Ablaufe des 31. Dezember (des Veranlagungszeitraums) wieder weg, so hat die Zusammenrechnung stattzufinden; solchenfalls sind für den Anfangstermin des Veranlagungszeitraums die damals getrennt gehaltenen Vermögen der Eheleute zusammenzuzählen.

Tritt die Trennung im Laufe des Veranlagungszeitraums ein,

---

[15]) So anscheinend Glaser S. 56 Z. 5, Stier-Somlo S. 109 Z. 2b, Rheinstrom S. 62 Z. 3, Mrozek S. 72 Z. 6.

[16]) So mit Recht das Sächsische Oberverwaltungsgericht, siehe Glaser S. 56 Z. 5.

[17]) So auch Zimmermann S. 63 Z. 7, Mrozek S. 73 Z. 6.

[18]) So auch Glaser S. 56 Z. 5.

Digitized by Google

fällt also die Zusammenrechnung weg, so sind die am Anfange des Veranlagungszeitraums zusammengerechneten Vermögen der Eheleute für den Anfangstermin des Veranlagungszeitraums getrennt zu berechnen, damit die nun erforderliche getrennte Zuwachsberechnung aufgestellt werden kann.

Fällt die im Laufe des Veranlagungszeitraums eingetretene Trennung noch vor dem Ende des Veranlagungszeitraums wieder weg, so ist sie für die Veranlagung der Steuer ohne Belang; es sind die Vermögen sowohl für den Anfangs- als für den Schlußtermin zusammenzurechnen.

6. Liegt eine dauernde Trennung im Sinne des § 14 vor, so sind die Eheleute so zu behandeln, als ob sie sich fremd gegenüberständen; jeder hat sein Vermögen zu versteuern, insbesondere die Ehefrau auch das Vermögen, das kraft gesetzlichen Güterrechts der Verwaltung und Nutznießung des Mannes untersteht. Besteht zwischen den Eheleuten allgemeine Gütergemeinschaft oder eine partielle Gütergemeinschaft (Errungenschaftsgemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft), so ist der Anteil jedes Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen schätzungsweise zu ermitteln und zu seinem etwaigen Sondervermögen hinzuzurechnen [19]).

13.

1. Die Eheleute haften für die Steuer als Gesamtschuldner, d. h. so, daß jeder auf den Gesamtbetrag der Steuer belangt werden kann; es liegt ein Gesamtschuldverhältnis nach Analogie von §§ 421 ff. BGB. vor.

Es liegt ganz im Belieben des Staates, welchen der Ehegatten er belangen will; er kann sich auch teils an den einen teils an den andern Teil halten.

Durch die Leistung des einen Ehegatten wird der andere Ehegatte befreit (§ 422 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Die Leistung kann auch durch Aufrechnung geschehen, soweit diese nach § 395 BGB. zulässig ist; doch kann die Aufrechnung nicht auf einen Anspruch des andern Ehegatten gestützt werden (§ 422 Abs. 2 BGB.). Ob ein Steuererlaß zugunsten beider Ehegatten oder nur eines derselben wirkt, ist quaestio facti. Es kommt auf den Willen der Beteiligten, insbesondere des Fiskus, an (§ 423 BGB.); es werden die Umstände des

[19]) Siehe auch Zimmermann S. 63 Z. 9, Rheinstrom S. 63 Z. 5, S. 68 Z. 6, Mrozek S. 11 Z. 4e, Köppe S. 27/28 Z. 3.

Digitized by Google

konkreten Falles genau ins Auge gefaßt werden müssen. Soll der Erlaß nur einem der Ehegatten gegenüber wirksam sein, so wird sich ein diesbezüglicher Vorbehalt empfehlen. Verzug des einen Schuldners wirkt nicht zu Lasten des andern (§ 425 BGB.). Annahmeverzug des Fiskus wirkt stets zugunsten beider Eheleute (§ 424 BGB.). Die Verjährung sowie ihre Hemmung und Unterbrechung ist für jeden Ehegatten besonders zu beurteilen, so daß die Forderung gegen den einen Ehegatten verjährt sein kann, gegen den andern nicht (§ 425 BGB.) [20]).

2. Will der Fiskus das Beitreibungsverfahren gegen die Ehefrau einleiten und durchführen, so muß er auch der Ehefrau einen Steuerbescheid zustellen (siehe dazu unter 2, Zimmermann S. 62 Z. 5, Mrozek S. 74 Z. 8). Bei dem gesetzlichen Güterstande hält sich der Fiskus, soweit der Mann haftet, an das Vermögen des Mannes, soweit die Frau haftet, an das der Frau (Eingebrachtes, Vorbehaltsgut).

3. Soweit das Vermögen der Ehefrau der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns unterliegt, muß dieser die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Vermögen wegen der Steuerschuld der Ehefrau dulden (§ 1411 Abs. 1 BGB.). Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft hält sich der Fiskus an das Gesamtgut der Eheleute (§ 1459 BGB.), außerdem steht ihm das Vorbehaltsgut eines jeden der Eheleute zur Verfügung (§ 1440 BGB.). Bei der Errungenschaftsgemeinschaft hält sich der Fiskus an das Gesamtgut der Eheleute (§§ 1519, 1530 BGB.), außerdem kann er sich an das eingebrachte Gut beider Eheleute und an das Vorbehaltsgut der Frau halten. Bei dem eingebrachten Gute der Frau muß der Ehemann die Zwangsvollstreckung dulden (§ 1515 Abs. 2 BGB.). Bei der Fahrnisgemeinschaft gilt Entsprechendes; auch hier muß der Mann die Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte der Frau dulden (§ 1550 Abs. 2 BGB.).

4. Die Gesamthaftung tritt allemal ein, wenn am Stichtage des Veranlagungszeitraums die Voraussetzungen der Zusammenrechnung vorhanden waren; sie kann daher nicht in Frage kommen, wenn zu diesem kritischen Zeitpunkte bereits eine dauernde Trennung der Ehegatten oder die rechtskräftige Scheidung der Ehegatten eingetreten war.

[20]) So auch Glaser S. 176 Z. 2.

Digitized by Google

5. Glaser S. 56 f. Z. 6 ist der Ansicht, daß die Eheleute nicht als Gesamtschuldner haften, wenn die Zusammenrechnung zu Unrecht geschehen und eine Anfechtung der Zusammenrechnung nicht erfolgt ist; der Schuldner könne sich solchenfalls immer noch durch eine Einwendung gegen das landesrechtliche Beitreibungsverfahren schützen. Glaser stützt sich auf den Wortlaut des Gesetzes („zusammenzurechnen ist"). Ich kann ihm nicht beipflichten. Ist die Zusammenrechnung zu Unrecht erfolgt und sind dadurch ein unrichtiger Steuersatz und eine unrichtige Steuerhaftung entstanden, so muß der Benachteiligte eben die gesetzlichen Rechtsmittel ergreifen §§ 66 ff. BStG.); auf diesem Wege kann er sich helfen. Hat die Veranlagungskommission die Zusammenrechnung fälschlich abgelehnt oder unterlassen, so muß der Vertreter der Steuerbehörde das zulässige Rechtsmittel einwenden; unterläßt er dies, so kann die Gesamthaftung hinterher nicht geltend gemacht werden. Der § 73 (Unterbleiben der Veranlagung) kommt nicht in Frage; wohl aber kann unter Umständen eine Neuveranlagung im Sinne von § 73 in Betracht kommen, z. B. wenn die Steuerbehörde erst hinterher erfährt, daß die Eheleute am Stichtage wieder zusammengezogen waren.

6. Unter Umständen kommt die Gesamthaftung der Eheleute hinterher wieder in Wegfall, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen von § 74 Abs. 2 gegeben sind. An den Veranlagungszeitraum schließt sich der dreijährige Erhebungszeitraum an, d. h. der Zeitraum, innerhalb dessen die Steuer zu bezahlen ist (§ 24). Er beginnt jedesmal an dem dem Veranlagungsstichtage (31. Dezember) nachfolgenden 1. April, also für die Veranlagungsperiode vom 1. Januar 1914 bis 31. Dezember 1916 am 1. April 1917, diesfalls dauert er bis zum 1. April 1920. In jedem Jahre des dreijährigen Erhebungszeitraums ist ein Drittel der Steuer zu zahlen, und zwar, je nach näherer Bestimmung der obersten Landesfinanzbehörde, der Regel nach in gleichen Halbjahrs- oder Vierteljahrsraten. Die oberste Landesfinanzbehörde bestimmt auch die Fälligkeitstermine der Steuereinzelbeträge (§ 70 Abs. 1—3).

Liegt nun die Sache so, daß die Ehe während des Erhebungszeitraums aufgelöst wird — durch den Tod eines der Ehegatten oder durch ein rechtskräftiges Scheidungsurteil —, oder so, daß sich die Ehegatten während des Erhebungszeitraums auf die Dauer trennen, so sind die Ehegatten oder ihre Erben — wie sich das Gesetz ausdrückt — zur Zahlung der noch nicht fälligen Teilbeträge der

Digitized by Google

Steuer nur nach dem Verhältnis ihres Anteils an dem steuerpflichtigen Vermögenszuwachse verpflichtet (§ 74 Abs. 2)[21]).

Zwei Beispiele mögen der Veranschaulichung dieses Satzes zugrunde gelegt werden:

1. Vermögen der Eheleute A und B

a) am 1. Januar 1914		b) am 31. Dezember 1916	
des Ehemanns . .	40 000 ℳ	des Ehemanns . .	50 000 ℳ
der Ehefrau	50 000 ℳ	der Ehefrau	80 000 ℳ
Gesamtvermögen:	90 000 ℳ.	Gesamtvermögen:	130 000 ℳ.

Vermögenszuwachs: 40 000 ℳ, wovon auf das Vermögen des Ehemanns 10 000 ℳ, auf das der Ehefrau 30 000 ℳ kommen.

2. Vermögen der Eheleute C und D

a) am 1. Januar 1914		b) am 31. Dezember 1916	
des Ehemanns . .	50 000 ℳ	des Ehemanns . .	40 000 ℳ
der Ehefrau	20 000 ℳ	der Ehefrau	60 000 ℳ
Gesamtvermögen:	70 000 ℳ.	Gesamtvermögen:	100 000 ℳ.

Vermögenszuwachs 30 000 ℳ, wovon auf das Vermögen des Ehemanns, das sich vermindert hat, nichts, auf das Vermögen der Frau alles fällt.

Die Ehe zwischen A und B wird am 2. Mai 1918 durch rechtskräftige Scheidung, die Ehe zwischen C und D am 17. Mai 1919 durch den Tod der D gelöst.

Hier bleibt nun bezüglich der Steuerteilbeträge, die am 2. Mai 1918 bezw. am 17. Mai 1919 bereits fällig geworden waren, die gesamtschuldnerische Haftung bestehen. Sollten sie noch nicht beglichen worden sein, so könnten sie nach den Grundsätzen der Gesamthaftung beigetrieben werden; die Eheleute A und B, C und die Erben der D haften nach wie vor gesamtschuldnerisch.

Dagegen fällt bei den Steuerteilbeträgen, die n a ch dem 2. Mai 1918 bezw. dem 17. Mai 1919 fällig werden, die gesamtschuldnerische Haftung weg; jeder der Beteiligten haftet nur noch nach dem Verhältnisse seines Anteils an dem steuerpflichtigen Vermögenszuwachse.

In dem Falle unter 1 fällt auf das Vermögen des Ehemanns ein Vermögenszuwachs von 10 000 ℳ, auf das der Ehe-

[21]) Bei der Kriegssteuer kommt § 74 Abs. 2 nicht in Frage.

Digitized by Google

frau ein solcher von 30000 M. Es hat also von den später fällig werdenden Steuerbeträgen zu zahlen der Ehemann ¼, die Ehefrau ¾.

In dem Falle unter 2 hat der Ehemann, dessen Vermögen sich vermindert hatte, keinen Anteil am Vermögenszuwachs; es haben also für die später fällig werdenden Teilbeträge nur die Erben der Ehefrau als solche aus deren Vermögen aufzukommen [22]).

Soweit die Erben eines verstorbenen Ehegatten haften, haften sie nach den zivilrechtlichen Grundsätzen des Erbrechts, also zunächst als Gesamtschuldner (§§ 1975, 2058 ff. BGB.); sie haften also als Gesamtschuldner für den nach § 74 Abs. 2 ausgefallenen Teilbetrag [23]).

Wenn die Beteiligten innerhalb des Einhebungsverfahrens den Wegfall der Gesamthaftung geltend machen wollen, müssen sie im Beitreibungsverfahren mit einem dahingehenden Einwand einkommen und die den Wegfall der Gesamthaftung begründenden Tatsachen nachweisen (so auch Zimmermann S. 171, Mrozek S. 233). Der für den Umfang der noch verbliebenen Haftung maßgebende Anteil am Zuwachse muß dann im Verwaltungswege festgestellt werden (so auch Mrozek S. 233); es müssen dann die Anteile der Ehegatten am Gesamtvermögen und der auf jeden Ehegatten fallende Zuwachs, worauf im Veranlagungsverfahren kein Gewicht zu legen war, noch besonders ermittelt und festgestellt werden (so auch Glaser S. 174/175).

---

[22]) So auch Glaser S. 174. Zimmermann S. 170 Z. 3 legt mit Unrecht den Anteil an dem Gesamtvermögen zugrunde; dies widerspricht dem deutlichen Wortlaute des Gesetzes („Anteil an dem Vermögens*zuwachse*").

[23]) Streit herrscht für die Fälle, wo die Auflösung der Ehe oder der Wegfall der Voraussetzungen der Zusammenrechnung zwischen dem Stichtage, dem Schlusse des Veranlagungszeitraums und dem Beginne des Erhebungszeitraums, also z. B. zwischen dem 31. Dez. 1916 und dem 1. April 1917, eintritt. Die überwiegende Meinung (Glaser, Buck, Zimmermann, Mrozek) geht allerdings dahin, daß § 74 Abs. 2 auch dann einschlägt, wenn der in Frage stehende Tatbestand zwischen dem Stichtag und dem Erhebungszeitraume — zwischen 31. Dezember und 1. April — eingetreten ist. Mit dem Wortlaute des Gesetzes (innerhalb des *Erhebungszeitraums*) ist diese Ansicht allerdings kaum vereinbar; ein näheres Eingehen auf diese Streitfrage sei besonderer Erörterung vorbehalten. Über die Haftung der Erben für die Besitz- bezw. Kriegssteuerschuld siehe auch die Aufsätze des Verfassers dieses Aufsatzes in der Deutschen Juristen-Zeitung 1917 S. 640.

Digitized by Google

IV.

Bevölkerungspolitik und Beamtenwitwen- und -Waisenversorgung.[1])

Von Herrn Landesrat Appelius, Dozenten an der Hochschule für kommunale Verwaltung und an der niederrheinischen Frauenakademie in Düsseldorf.

I.

Das Problem der Bevölkerungspolitik, das wichtigste schon jetzt und für die kommende Friedenszeit, hat wiederholt die Parlamente beschäftigt; auch das Preußische Abgeordnetenhaus hat die einschlägigen Fragen am 17. und 24. Februar 1917 [1a]) eingehend behandelt und für so wichtig durchgehends erachtet, daß eine besondere Kommission für Bevölkerungspolitik (wie übrigens auch im Reichstag) eingesetzt worden ist. Insbesondere hat man dabei auch der Beamten gedacht und die Fragen der Beamtenbesoldung, der Teuerungszulagen, der Abstufung nach verheirateten und unverheirateten, kinderreichen und kinderarmen Familien als „integrierenden Bestandteil des sogenannten Bevölkerungsproblems" bezeichnet. So dankenswert es ist, daß die Bevölkerungspolitik — wie schon in der 8. Konferenz der Zentralstelle für Volkswohlfahrt in Berlin vom 26. bis 28. Oktober 1915 [2]) zum Ausdrucke kam — auch seitens des Staates kräftig an-

---

[1]) Die Abhandlung ist vor der im November 1918 erfolgten Neuordnung der staatlichen Verhältnisse verfaßt worden.

[1a]) Stenographische Berichte des Abgeordnetenhauses 1916/17 S. 3654 ff., 4119 ff.

[2]) Schriften der Zentralstelle Heft 12 der neuen Folge (Carl Heymanns Verlag 1916) S. 42.

Digitized by Google

gefaßt und unterstützt wird, so entbindet ihn das nicht, auch seinerseits bei der Beamtenschaft, der er als Arbeitgeber gegenübersteht, alles das aus dem Wege zu räumen, was der richtigen Bevölkerungspolitik, den Zwecken, die sie verfolgt und die sie erreichen soll, hindernd im Wege steht. Das betrifft nicht den einen oder anderen Punkt der allgemeinen Bevölkerungspolitik; es sind bei den Beamten eine ganze Reihe besonderer Punkte, die hier in Betracht kommen. Dahin gehört z. B. die Frage, den jungen höheren Beamten überhaupt früher zu besolden, als das jetzt geschieht, ihn nicht schlechter als den gleichaltrigen Arbeiter zu stellen, damit er auch in die Lage kommt, schon in dem im Sinne der Bevölkerungspolitik günstigen Alter zu heiraten und eine Familie zu gründen. Dahin gehört ferner das nach den verschiedensten Richtungen so berechtigte Steuerprivileg, das man trotz mancher Warnungen — und, wie man wohl jetzt sagen wird, leider — 1909[3]) aufgehoben hat, dahin gehören auch folgende Bestimmungen aus dem Witwen- und Waisenrechte, die meines Wissens in diesem Zusammenhange noch nicht erörtert sind: die §§ 10, 12, 13 des Gesetzes, betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen der unmittelbaren Staatsbeamten, vom 20. Mai 1882 (nebst Abänderungen vom 1. Juni 1897, 25. Mai 1907, Ministerialblatt 1907 S. 216, 26. Mai 1909) und die entsprechenden reichsgesetzlichen Bestimmungen, auf die später auch eingegangen werden wird.

II.

Diese Gesetzesbestimmungen lauten:

§ 10.

Witwen- und Waisengeld dürfen weder einzeln noch zusammen den Betrag der Pension übersteigen, zu welcher der Verstorbene berechtigt gewesen sein würde, wenn er am Todestag in den Ruhestand versetzt wäre.

Bei Anwendung dieser Beschränkung werden das Witwen- und das Waisengeld verhältnismäßig gekürzt.

§ 12.

Abs. 1. War die Witwe mehr als 15 Jahre jünger als der Verstorbene, so wird das nach Maßgabe der §§ 8 und 10

[3]) Gesetz vom 16. Juni 1909 (GS. S. 489).

Digitized by Google

berechnete Witwengeld für jedes angefangene Jahr des Altersunterschieds über 15 bis einschließlich 25 Jahre um $^1/_{20}$ gekürzt.

Abs. 2. Auf den nach § 9 zu berechnenden Betrag des Waisengeldes sind diese Kürzungen des Witwengeldes ohne Einfluß.

Abs. 3. Nach fünfjähriger Dauer der Ehe wird für jedes angefangene Jahr ihrer weiteren Dauer dem gekürzten Betrag $^1/_{20}$ des nach Maßgabe der §§ 8 und 10 zu berechnenden Witwengeldes solange hinzugesetzt, bis der volle Betrag wieder erreicht ist. (Gesetz vom 1. Juni 1897.)

§ 13.

Abs. 1. Keinen Anspruch auf Witwengeld hat die Witwe, wenn die Ehe mit dem verstorbenen Beamten innerhalb dreier Monate vor seinem Ableben geschlossen und die Eheschließung zu dem Zwecke erfolgt ist, um der Witwe den Bezug des Witwengeldes zu verschaffen.

Abs. 2. Keinen Anspruch auf Witwen- und Waisengeld haben die Witwe und die hinterbliebenen Kinder eines pensionierten Beamten aus solcher Ehe, welche erst nach der Versetzung des Beamten in den Ruhestand geschlossen ist.

Es ist notwendig zum Verständnisse dieser Bestimmungen, ihren Entstehungsgang an der Hand der Gesetzesmaterialien zu besprechen.

1. (zu § 10).

Die Begründung zum Gesetzentwurfe [4]) führt zu § 10 nur aus, den Hinterbliebenen könnten keine höheren Bezüge aus der Staatskasse zugebilligt werden, als der Beamte selbst bei seinem Tode an Pension entweder tatsächlich empfangen oder verdient hat.

Der Kommissionsbericht [5]) sagt S. 120 dazu, daß diese Bestimmung der Reichsgesetzgebung entspräche und von einer Seite als zu hart angefochten wurde, „da gerade bei zahlreichen Relikten das Bedürfnis der Fürsorge ein besonders dringendes sei. Aus Billigkeitsrücksichten möge man das Waisenteil nicht verkürzen, wenn mehr als 9 oder 10 versorgungs-

[4]) Drucksachen, Stenographische Berichte des Herrenhauses 1882 Bd. 2, Anlageband, Aktenstück 6, Entwurf S. 20, Begründung S. 22 ff.

[5]) Kommissionsbericht, Drucksachen a. a. O. Nr. 36 S. 115 ff.

Digitized by Google

berechtigte Kinder vorhanden seien". Das Finanzministerium befürwortete aber die Aufrechterhaltung des Prinzips, die Relikten nach dem Tode des Beamten nicht besser zu stellen, als die pensionierten Beamten selbst. „Der Rechtsanspruch sei nicht allzusehr auszudehnen, sondern auf das nötigste zu beschränken. Bei Notfällen könne im Gnadenwege geholfen werden."

2. (zu § 12).

a) Die Begründung S. 26 sagt: „§ 12 will das Witwengeld für solche Witwen, deren Lebensalter hinter dem des Beamten in ungewöhnlich hohem Grade zurücksteht, je nach dem Altersunterschied um $^1/_{20}$ bis $^{10}/_{20}$ kürzen, da durch derartige, den normalen Verhältnissen nicht entsprechende Eheschließungen, bei welchen eine besonders große Überlebenswahrscheinlichkeit der Ehefrau vorliegt, eine ausnahmsweise starke Belastung der Staatskasse nicht gerechtfertigt werden kann."

Der Kommissionsbericht S. 120 bemerkt zu § 12, daß die Bestimmungen dem Reichsgesetz [6]) entnommen, bei Beratung desselben aber mehrfach angefochten seien. Ein Antrag, den ganzen Paragraphen zu streichen, eventuell die Zahlen 15 und 25 in 20 und 30 umzuändern, sei im Reichstag abgelehnt worden. In der Debatte sei geltend gemacht worden, daß die Bestimmungen des § 12 für den spät Heiratenden um so härter seien, als er bereits lange Jahre Beiträge gezahlt habe. Wenn die Staatskasse einen größeren Nachteil erleide, falls die bezugsberechtigte Witwe noch in jüngeren Jahren sei, so wäre logisch nur die Folgerung richtig, daß der Mann, dessen Gattin erheblich jünger sei, einen verhältnismäßig größeren Beitrag zahle. „Die Witwe aber unter solchen Abzügen leiden zu lassen, könne nicht gebilligt werden. Auch sei es nichts Abnormes, wenn z. B. ein Beamter von 45 Jahren eine Frau von 29 Jahren heirate. Eventuell müsse die Altersgrenze — etwa auf 20 Jahre — hinaufgeschoben werden." — Der Bundesrat habe aber dagegen eingewendet, daß die Witwen durch § 12 doppelt bevorzugt seien, sie hätten nicht nur bei der Verheiratung schon die Anwartschaft auf eine — hinsichtlich des schon erdienten Pensionsanspruchs des Beamten verhältnismäßig hohe — Pension, sie würde auch ferner diese, mäßig verringert, sehr viel länger beziehen als Witwen

[6]) Gesetz, betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Reichsbeamten der Zivilverwaltung, vom 20. April 1881 (RGBl. S. 85) §§ 10, 12, 13.

Digitized by Google

aus Ehen von normaler Altersdifferenz, und dabei noch häufig in der Lage sein, wenn sie jünger wären, einen Teil ihres Unterhalts durch eigene Arbeit zu erwerben. Durch erhöhte Beiträge diese Vorteile auszugleichen, würde bedingen, Prämienskalen nach Art der Lebensversicherung aufzustellen, was zum Gesetze nicht passe. Je mehr man sich von dem durchschnittlichen Maße der Lebensdauer entferne, um so mehr wüchsen die Bedenken, die ja ohnehin gegen das System des Gesetzes geltend gemacht werden könnten, „nämlich, daß es zu viel absehe von der Gegenleistung für die individuelle Arbeit, daß es indirekt auf eine Hagestolzensteuer und auf Kindererzeugungsprämien hinauslaufe. Das alles aber gewinne an Gewicht, je mehr der Altersunterschied, der im Gesetze keineswegs engherzig bemessen sei, zwischen den Ehegatten wachse." — Diese Ausführungen machte sich das Finanzministerium auch gegenüber einer der Herrenhauskommission vorliegenden Petition gegen den § 12 zu eigen, und die Kommission stellte sich auf den gleichen Standpunkt.

In der Kommission [7]) des Abgeordnetenhauses wurde ein verschärfter Antrag zu § 12 gestellt, statt der Schlußworte im Abs. 1, das Witwengeld für jedes angefangene Jahr des Altersunterschieds über „15 bis einschließlich 25 Jahre" um $^1/_{20}$ zu kürzen, zu setzen: über „20 Jahre um $^1/_{40}$". Damit hätte auch noch eine weitere Kürzung über 25 Jahre des Altersunterschieds hinaus stattgehabt. Der Antrag wurde mit Rücksicht auf die reichsgesetzliche Bestimmung indes abgelehnt. — § 12 ist in den Beratungen im Abgeordneten- und im Herrenhause dann unverändert angenommen worden.

b) Der Entwurf [8]) eines Gesetzes zur Abänderung des § 12 brachte im Jahre 1897 den jetzigen Abs. 3 des § 12; die Begründung führt hierzu zu Art. II S. 1871 aus, die neue Bestimmung finde ihre Begründung darin, daß die junge Witwe eines alten Mannes den Vorzug einer verhältnismäßig hohen Pension genieße, und daß sie ferner regelmäßig die Staatskasse länger belaste, als wenn sie in einem den Lebensjahren des Mannes entsprechenden Alter stände. Ein völliges Fallenlassen der Bestimmung würde des-

[7]) Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses, Stenographischer Bericht, 3. Session, 14. Legislaturperiode 1882, Drucksachen Nr. 134, Anlageband 2, S. 1355.

[8]) Drucksachen des Abgeordnetenhauses, Stenographischer Bericht, 4. Session, 18. Legislaturpreiode, 1896/97, Anlageband 3, Nr. 87 S. 1870 ff.

Digitized by Google

halb sachlich nicht begründet sein, dagegen sei nicht zu verkennen, daß die dargelegten Gesichtspunkte zurückträten, je länger die Ehe dauere; dieser Erwägung trüge die neue Bestimmung Rechnung.

In der ersten Beratung im Abgeordnetenhause*) wurde betont, daß dieser neue Zusatz zu § 12 „eine nicht geringe Härte gegenüber denjenigen Witwen, die in ihrem Lebensalter um mehr als 15 Jahre hinter ihren verstorbenen Männern zurückbleiben", zu beseitigen vermöge. Auch der damalige Finanzminister Miquel (S. 983 a. a. O.) trat dem bei und glaubte, die Bestimmung des § 12 nicht ganz aufgeben, aber den Mittelweg des Zusatzes empfehlen zu dürfen, um übermäßige Härten ausgleichen zu können. Nach Maßgabe der Dauer der Ehe seien die Nachteile, die aus dem Altersunterschiede nach dem Gesetze von 1882 entständen, abgemindert, bis sie schließlich ganz verschwänden.

„Ich habe vor kurzem," fuhr der Minister fort, „einen Brief von einem preußischen Beamten bekommen, der mir erzählt hat, er sei in der dritten Ehe, aber in dieser dritten Ehe sei er auch schon 25 Jahre, und es sei doch gar keine Veranlassung, sie in bezug auf die Pension schlechter zu behandeln, wie dies das Gesetz von 1882 tut. Diese Ungleichmäßigkeit wird in Zukunft wegfallen, und wir werden da die Klagen, die hier vielleicht mit Recht entstanden sind, in Zukunft verstummen lassen."

In derselben Sitzung führte der Abgeordnete Haacke (S. 986) folgendes aus:

„Wir haben es gleichfalls entschieden als einen Akt des Wohlwollens anerkannt, wenn der Gesetzentwurf bestrebt gewesen ist, den jugendlichen Witwen, will ich mich mal ausdrücken, einen doppelten Vorteil zuzuwenden; denn man muß berücksichtigt werden, daß, wenn noch ältere Herren sich entschließen, sich in das Joch der Ehe zu begeben (Heiterkeit), die junge Frau schon, abgesehen von den sonstigen Annehmlichkeiten, die die Ehe doch unzweifelhaft bietet (Heiterkeit), die sichere Hoffnung hat, daß, wenn ihr Mann demnächst das Zeitliche segnet, sie in den Genuß der höchsten Pension gelangt, und zwar mit der besten Absicht, die Pension noch lange zu genießen. Denken Sie sich den Fall — den ich gleichfalls

*) Stenographischer Bericht a. a. O. Bd. 2, 1897, S. 980.

Digitized by Google

aus der Praxis anführe —, es heiratet ein 45jähriger eine 16jährige junge Dame, die Ehe besteht 17 Jahre; da ist der Mann 62 Jahre alt und unzweifelhaft im Genusse des Höchsteinkommens, die Witwe hat unzweifelhaft Anspruch auf den Höchstbetrag der Pension. Nun heiratet einer von 31 Jahren; die Ehe dauert auch 17 Jahre, da ist er 48, ist nicht im Genusse der höchsten Bezüge, und seine Witwe hat ebenso keinen Anspruch auf die höchste Witwenpension. Das ist doch ein gewisses Unrecht, das hier konstatiert wird; aber wenn der Herr Gesetzgeber von der Ansicht ausgegangen ist, daß es ein erhebliches Verdienst ist, einen angehenden alten Junggesellen noch zu bekehren, seine staatsbürgerlichen Pflichten zu erfüllen (Heiterkeit), ja, meine Herren, dann bin ich auch bereit, in dieser Beziehung der Vorlage beizustimmen."

Der Budgetkommission, der der Entwurf überwiesen wurde, lag eine Petition (Nr. 545) vor, die Bestimmung des Gesetzes, „nach welcher die Verringerung der Pension einer Witwe, welche 15 Jahre jünger ist als ihr Mann, herbeigeführt wird, aufzuheben" [10]). Im Plenum wurde die Petition durch die Beschlüsse für erledigt erklärt [11]).

3. (zu § 13).

Zu § 13 sagt die Begründung S. 26, daß nach den gemachten Erfahrungen mitunter Beamte auf dem Totenbett eine Ehe zu dem Zwecke eingegangen sind, um der Witwe das Witwengeld zuzuwenden; der Abs. 1 bezwecke, derartigen unsittlichen Spekulationen auf den nahe bevorstehenden Tod des Beamten vorzubeugen.

Der Abs. 2 verdankt seine Entstehung folgendem: Nach § 7 waren nur die Hinterbliebenen eines zur Zeit seines Todes zur Entrichtung von Witwen- und Waisengeldbeiträgen verpflichteten Beamten pensionsberechtigt; wenn nun auch nach §§ 5 und 6 eine nach der Pensionierung geschlossene Ehe und das Vorhandensein von Kindern aus einer solchen die Verpflichtung zur Beitragsentrichtung nicht begründeten, so konnten doch Fälle eintreten, in denen nach ihrer Pensionierung sich wiederverheiratende Beamte wegen des Vorhandenseins von Kindern aus der früheren vor

[10]) Anlageband 3 Nr. 135 S. 2072.

[11]) Stenographischer Bericht Bd. 3, 56. Sitzung, S. 1751.

Digitized by Google

der Pensionierung geschlossenen Ehe bis zu ihrem Ableben beitragspflichtig blieben. Für solche Fälle sollte das Witwen- und Waisengeld für die Witwe und die etwaigen Kinder aus der nach der Pensionierung geschlossenen Ehe ausdrücklich durch Abs. 2 versagt werden.

Der Kommissionsbericht S. 121 hat sich nur zu Abs. 1 geäußert; den Bedenken gegen die Präsumtion doloser Eheschließung wurde entgegengehalten, daß im Falle der Verweigerung der Unterstützung der Rechtsweg zulässig sei und durch „freies Arbitrium" der Richter sich aus den Umständen des Falles eine Überzeugung zu bilden vermöge.

III.

a) Die Bestimmungen des preußischen Gesetzes von 1882 sind — wie oben schon angedeutet wurde — nachgebildet denen des Reichsrechts, des Reichsgesetzes, betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Reichsbeamten der Zivilverwaltung, vom 20. April 1881, RGBl. S. 85, (§§ 10, 12, 13), und diese Bestimmungen sind jetzt enthalten im Reichsbeamtenhinterbliebenengesetze vom 17. Mai 1907, RGBl. S. 208, (§§ 4, 6, 8). Die gleichen Bestimmungen finden sich auch im Militärhinterbliebenengesetze vom 17. Mai 1907, RGBl. S. 214.

b) Die Begründung [12]) zu den §§ 10, 12, 13 des Gesetzes vom 20. April 1881 deckt sich dem Inhalte nach mit der schon oben erörterten zu den §§ 10, 12, 13 des preußischen Gesetzes von 1882.

Aus dem Kommissionsbericht [13]) ist folgendes zu erwähnen:

Zu § 10. (S. 450 a. a. O.)

Die Streichung wurde beantragt, um aus Billigkeitsrücksichten das Waisenteil nicht zu verkürzen, wenn mehr als 10 resp. 9 versorgungsberechtigte Kinder vorhanden seien, auch habe solche Maßnahme weder finanzielle noch rechnerische Schwierigkeiten. Der Bundesratskommissar befürwortete Aufrechterhaltung des Prinzips, die Relikten nach dem Tode des Beamten nicht besser zu stellen, als die pensionierten Beamten selbst. § 10 wurde in Kommission und Plenum angenommen.

[12]) Stenographischer Bericht des Reichstags, 4. Legislaturperiode, 4. Session, 1881, Entwurf und Begründung Anlageband 3 Nr. 28 S. 132 ff.

[13]) Kommissionsbericht a. a. O. Nr. 73 S. 447. — Beratung in erster bis dritter Lesung Bd. 1 S. 148, 662, 763.

Digitized by Google

Zu § 12.

Die Streichung des § 12 wurde beantragt; durch Verringerung der Unterstützung der Relikten bis auf die Hälfte werde ein Beamtenreliktenproletariat geschaffen, was gerade habe vermieden werden sollen; der Antrag wurde auch in zweiter Lesung wiederholt. Im übrigen wurden die schon oben zu § 12 des preußischen Gesetzes zum Kommissionsberichte wiedergegebenen Ausführungen gemacht. Der Antrag auf Streichung wurde abgelehnt.

In der zweiten Beratung im Plenum (S. 664 a. a. O.) wurde dieser Antrag wiederholt; der Abgeordnete Dr. Dreyer führte dazu folgendes aus:

Der Zweck des Gesetzes sei nicht nur die Fürsorge für die Relikten des Beamten, auch das Staatsinteresse fordere, daß diese in geordneten Verhältnissen leben; damit wäre es nicht vereinbar, einen Unterschied hinsichtlich der Größe des Witwengehalts aus dem Alter der Witwe herzuleiten. Die jüngere Witwe habe nicht geringere Bedürfnisse als die ältere; die Beeinträchtigung treffe nicht sie allein, sondern unzweifelhaft sei auch ein Teil des Witwengehalts zur Ernährung und Erziehung der Kinder bestimmt. — Die Witwe müsse ausschließlich zur Erziehung ihrer Kinder beitragen, wenn diese nicht mehr oder überhaupt von vornherein nicht bezugsberechtigt seien. Daß die jüngere Witwe in der Lage sei, durch eigene Arbeit etwas zu verdienen, treffe in sehr vielen Fällen nicht zu, namentlich wenn sie für eine größere Familie zu sorgen habe. Für gebildetere Lebenskreise namentlich würde zudem die weibliche Arbeit sehr schlecht bezahlt, und es sei durchaus von zweifelhaftem Werte, solche Beamtenwitwen auf den eigenen Verdienst zu vertrösten.

Unbegründet sei der Einwand, daß eine solche Witwe in eine bessere Lage komme, weil sie einen in höherer Gehaltsklasse befindlichen Beamten heirate, und daß sie länger im Genusse der Witwenpension sei; denn über den Zeitpunkt der Sterblichkeit seien die Berechnungen ungewiß, und es sei gerade so leicht möglich, daß auch diese jüngere Witwe früher sterbe. Auch der erstere „Vorteil" sei ein sehr fragliches Argument; er könne zutreffen, könne aber auch nicht zutreffen. Es sei denkbar, daß die Ehe noch in verhältnismäßig jungen Jahren beiderseits geschlossen werde, und dann trage die Frau bis zum Ableben des Beamten viele Jahre mit ihm

Digitized by Google

Freud und Leid. Hinfällig erscheine auch der Einwand, es sei ein ganz außerordentliches Verhältnis, wenn ein Mann eine mehr als 15 Jahre jüngere Frau heirate. Die Skala von 33 und 17 bis zu 45 und 39 beweise das doch; es sei nichts Abnormes, wenn ein Beamter von 45 Jahren eine Frau von 29 heirate. Es wäre nicht einzusehen, warum ein Beamter, der erst in seinem 45. Jahre heirate, absolut genötigt sein solle, eine Frau über 30 Jahre zu heiraten. Sollte ein älterer Beamter wirklich, um den Staat zu schädigen, ein junges Mädchen heiraten, so brauche eines solchen Mißbrauchs wegen nicht gleich eine ganze Klasse unschuldiger Witwen bestraft zu werden. § 13 treffe aber gegen Mißbräuche Vorsorge.

Seitens des Regierungskommissars wurde dem widersprochen. Insbesondere wurde folgendes ausgeführt: Nur für die höheren Beamtenklassen treffe es zu, daß die Erwerbsfähigkeit der jüngern Witwen nicht größer sei als die der älteren, für die große Masse der Beamtenwitwen — z. B. der Unterbeamten, die aus den dienenden Klassen hervorgegangen seien, — treffe es nicht zu, da es einem großen Teile möglich sei, durch eigene Arbeit noch zu erwerben. Das Gesetz beruhe auf dem Grundgedanken, daß jede Arbeit, die eine volle Manneskraft in Anspruch nähme, so viel abwerfen müsse, daß sie nicht nur den Unterhalt der Familie während der Lebensdauer des Arbeitenden hergäbe, sondern auch noch die Möglichkeit, für die Hinterbliebenen die Zukunft sicherzustellen. Je mehr man sich von der durchschnittlichen Lebensdauer entferne, um so mehr verdiene die Witwen- und Waisenpension den Charakter einer verschobenen Gehaltszahlung, um so mehr wüchsen die Bedenken, daß das Gesetz absehe von der Gegenleistung für individuelle Arbeit, und daß es indirekt auf eine Hagestolzensteuer und auf Kindererzeugungsprämien hinausliefe.

Der Antrag wurde auch im Plenum abgelehnt und § 12 nach der Regierungsvorlage angenommen.

c) Die Verpflichtung der Beamten, Witwen- und Waisengeldbeiträge zu entrichten, wurde inzwischen gesetzlich sowohl im Reiche (Gesetz vom 5. März 1888, RGBl. S. 65) wie in Preußen aufgehoben. Nach dem preußischen Gesetze vom 28. März 1888 (GS. S. 48) wurden die Beiträge vom 1. April 1888 ab nicht mehr erhoben, aber unbeschadet des an die Verpflichtung geknüpften Anspruchs auf Witwen- und Waisengeld. Mit der Einstellung der Erhebung der Beiträge sollte weder bezüglich der

Digitized by Google

Voraussetzungen, unter welchen eine Fürsorge des Staates für die Hinterbliebenen der Beamten eintritt, noch hinsichtlich des Umfanges dieser Fürsorge eine Änderung getroffen werden; die Maßnahme war in erster Linie zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Beamten ins Auge gefaßt.[14])

d) Art. IV des Reichsgesetzes vom 17. Mai 1897 (RGBl. S. 455), betreffend anderweite Bemessung der Witwen- und Waisengelder, brachte zu den reichsgesetzlichen Bestimmungen, dem § 12, den gleichen Zusatz wie das preußische Gesetz von 1897 zu § 12 des Gesetzes vom 20. Mai 1882 den Absatz 3 gebracht hatte. Die Begründung[15]) erwähnte nur, daß diese Bestimmung der des Art. II des preußischen Gesetzes entspräche, um die Kürzung des Witwengeldes fortgesetzt rückgängig zu machen. In den Verhandlungen ist zu dem Art. IV nicht gesprochen worden.

e) Der Entwurf des Reichsbeamtenhinterbliebenengesetzes[16]) gab in den §§ 4, 6 und 8 das geltende Recht der §§ 10, 12 und 13 des Reichsgesetzes vom 20. April 1881 in Verbindung mit Art. IV des vom 17. Mai 1897 wieder.

Auch hier wurde zur Begründung des § 6 — entsprechend dem früheren § 12 — angeführt, daß die junge Witwe eines alten Mannes den Vorzug einer verhältnismäßig hohen Pension genieße, und daß sie ferner die Reichskasse erheblich länger belaste, als wenn sie in einem dem Lebensalter des Mannes entsprechenden Alter stände.

Schon der Kommission lag aber ein Antrag vor (S. 2363), im § 6 bei der durch das Gesetz vom 17. Mai 1897 — (wie eben zu d erwähnt) — neu gebrachten Zusatzbestimmung:

„Nach fünfjähriger Dauer der Ehe wird für jedes angefangene Jahr ihrer weiteren Dauer dem gekürzten Betrag

---

[14]) Begründung zum Gesetzentwurfe. Stenographischer Bericht des Abgeordnetenhauses, 3. Session, 16. Legislaturperiode, 1888, Anlageband 2 Nr. 14 S. 929.

[15]) Stenographischer Bericht des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session, 1895/97, Anlageband 7 Nr. 747, S. 4004 ff.; erste Beratung im Plenum Bd. 7 S. 5617, zweite und dritte Bd. 8 S. 5735 und 5846.

[16]) Verhandlungen des Reichstags, 12. Legislaturperiode, 1. Session, 1907. Entwurf und Begründung Anlageband 241 Nr. 332 S. 1894 ff., Kommissionsbericht Bd. 242 Nr. 441 S. 2362. Erste bis dritte Beratung im Plenum Bd. 228 S. 1198 ff., 1594 ff., 1642 ff.

Digitized by Google

$^1/_{20}$ des berechneten Witwengeldes so lange hinzugesetzt, bis der volle Betrag wieder erreicht ist."

statt „$^1/_{20}$" zu setzen „$^1/_{10}$". Das wurde wie folgt begründet: Es liege eine große Härte darin, daß der um $^1/_{20}$ gekürzte Betrag wieder nur um $^1/_{20}$ steige, so daß erst nach 15jähriger Ehe das regelmäßige Witwengeld wieder erreicht würde. Wenn eine Ehe mehr als 5 Jahre gedauert habe, so dürfe man im allgemeinen annehmen, daß sie nicht lediglich zu dem Zwecke, das Witwengeld zu erschleichen, eingegangen sei. Die wirtschaftlichen Verhältnisse brächten es vielfach mit sich, daß manche Beamte erst im höheren Lebensalter sich verheiraten könnten. Es entspräche deshalb der Billigkeit, wenn man nach 5jähriger Ehe das gekürzte Witwengeld wider um $^1/_{10}$ anwachsen lasse, so daß bereits nach 10jähriger Ehe das volle Witwengeld wieder erreicht werde.

Die Regierung bestritt das Bedürfnis nach Änderung, da nur wenige Ehen hierdurch getroffen würden. Ohne Not solle auch eine Differenzierung gegenüber dem preußischen Gesetze nicht eintreten. Aus der Kommission wurde eingewendet, daß gerade in den Fällen, in welchen eine solche Kürzung eintrete, dies doppelt hart für die betreffenden Witwen wirken könne. Der Antrag wurde darauf mit großer Mehrheit angenommen.

Bemerkenswert ist noch eine in der Kommission gegebene Anregung, unter allen Umständen auch im § 6 der Witwe eine Mindestpension von 300 ℳ zu gewähren. Die Regierung führte dagegen aus, gewiß müsse den Witwen, welche lange des Lebens Last mit dem Pensionär getragen hätten, gegeben werden, was ihnen gebühre; aber es müsse auch vermieden werden, daß eine junge Frau sich an einen alten Beamten heranmache, um dann ihr ganzes Leben hindurch mindestens 300 ℳ Witwengeld zu erhalten.

Ein Kommissionsmitglied wies darauf hin, „daß sich jetzt schon Mädchen wegen der 120 ℳ an Altersrentner heranmachen, und das würde noch weit mehr geschehen, wenn 300 ℳ bezahlt würden". Auch sei darauf hinzuweisen, daß diese Witwen lange der Reichskasse zur Last fallen könnten.

Bei der zweiten Beratung im Plenum [17]) äußerte man sich zustimmend zu der Fassung des § 6 nach den Beschlüssen der Kommission, der auch so dann endgültig angenommen worden ist.

---

[17]) S. 1596, 1599 a. a. O.

Digitized by Google

Eine dem so abgeänderten reichsgesetzlichen § 6 entsprechende Änderung ist im § 12 des preußischen Gesetzes bisher nicht vorgenommen worden.

IV.

Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung dieser im allgemeinen gleichen preußischen und reichsgesetzlichen Bestimmungen, so ist zwar das Bestreben, ihre ursprüngliche Härte nach und nach abzumildern, unverkennbar, indes sind doch nur leise Ansätze dazu vorhanden, welche gegenüber dem Hauptgrunde, der zum Festhalten an den Grundsätzen im allgemeinen zwang, nur zögernd sich durchsetzen konnten; dieser Hauptgrund war ein fiskalischer, die Besorgnis, daß ein Aufgeben der Bestimmungen zu viel Geld kosten würde. Bevölkerungspolitische Gedanken beherrschten damals weder Regierung noch Volksvertretung, und der Gedanke, daß auch hier eine Gelegenheit sei zu der wichtigen Hilfe für die wirtschaftliche Existenz von Mutter und Kind, von Witwen und Waisen, stand noch nicht im Vordergrunde des Interesses. Heute, wo wir unter dem Zeichen der Bevölkerungspolitik stehen, muß die Behandlung dieser Fragen eine andere sein, formell wie materiell; formell werden sie heute, wo man sich des Ernstes der Fragen bewußt ist, nicht mit der gelegentlich in den Parlamentsberichten vermerkten „Heiterkeit" behandelt werden, und materiell wird die Geldfrage, wenn nicht auszuschalten, so doch erheblich in den Hintergrund zu schieben sein. Überragend muß der Gesichtspunkt leiten, alles das, was als — modern gesagt — „kinderfeindlich" anzusprechen ist, als der Zeit nicht mehr entsprechend, wegzuräumen, alles, was unsozial wirken kann, zu beseitigen nach dem Vorgange, den wir bei Beratung der Novelle zur Reichsversicherungsordnung — es ist darauf noch zurückzukommen — 1916 bereits erlebt haben.

Zu den einzelnen Bestimmungen ist nunmehr folgendes zu bemerken.

1.

Witwen- und Waisengeld dürfen den Betrag der Pension des verstorbenen Beamten nicht übersteigen, sonst tritt entsprechende Kürzung ein. (§ 10 [§ 4][18]).

Eine ähnliche Bestimmung enthielt die Reichsversicherungs-

[18]) In Klammern [ ] stehen die reichsgesetzlichen Bestimmungen.

Digitized by Google

ordnung in den §§ 1294, 1295; Witwen- und Waisenrenten sollten zusammen nicht das 1½fache der Invalidenrente des Verstorbenen und die Waisenrente allein nicht mehr als diese Invalidenrente betragen dürfen; ergaben die Renten einen höheren Betrag, so wurden sie im Verhältnis ihrer Höhe gekürzt und erst beim Ausscheiden eines Hinterbliebenen erhöhten sich die Renten der übrigen bis zum zulässigen Höchstbetrage. Enkel hatten nur soweit einen Anspruch, als nicht der zulässige Höchstbetrag den Kindern zufloß. Bei Beratung des Gesetzes, betreffend Renten in der Invalidenversicherung, vom 12. Juni 1916[19]), hat die Reichstagskommission folgendes erwogen: Wenn schon im § 1294 davon ausgegangen sei, daß eine invalide Witwe nicht in dem Umfange für ihre Kinder sorgen könne, wie eine erwerbsfähige Witwe, so bestehe ein Bedürfnis für eine erweiterte Fürsorge erst recht, „wenn die Witwe für eine größere Kinderschar zu sorgen habe. Dann sei sie, um ihrem Erwerbe nachzugehen, auf fremde Hilfe zur Beaufsichtigung der Kinder angewiesen, wofür als Ausgleich jedem Kinde die Waisenrente gegeben werden müsse. Eine besondere Berücksichtigung bei größerer Kinderzahl liege auch im Interesse der Bekämpfung des bedrohlichen Geburtenrückganges." Dem Antrag in der Kommission auf Streichung der §§ 1294, 1295 wurde von der Regierung mit fiskalischen Gründen: dem Hinweise auf die gleichen Bestimmungen des Beamtenrechts und dem Bedenken begegnet, daß sich aus einer Änderung der §§ 1294, 1295 „Folgerungen für die Bemessung der Hinterbliebenenbezüge in den staatlichen und gemeindlichen Ruhegehaltsgesetzen ergeben würden." Indes haben sich Kommission und Reichstag in ihrer Auffassung nicht beirren lassen und die bezeichneten einschränkenden Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung „als nicht mehr zeitgemäß" ganz beseitigt.

Die bei Beratung dieses Gesetzes zum Ausdrucke gekommene, dem Beamtenrechte gegenüber ablehnende Haltung der Regierung läßt sich ebenfalls nicht halten; wenn auch die Witwe des IV. Buches der Reichsversicherungsordnung nach den jetzigen Bestimmungen erst dann Witwenrente beziehen kann, wenn sie nach § 1258 invalide

[19]) Reichstagsdrucksachen, 13. Legislaturperiode, 2. Session, 1914/16. Entwurf und Begründung Nr. 257 der Drucksachen, Kommissionsbericht N. 347 S. 687. Erste Beratung im Plenum Stenographischer Bericht S. 967 B ff., zweite und dritte S. 1460 B ff.

Digitized by Google

ist[20]), so gilt der obige Gesichtspunkt, daß die Witwe, wenn sie für eine größere Kinderschar zu sorgen hat, um ihrem Erwerbe nachzugehen, auf fremde Hilfe zur Beaufsichtigung der Kinder angewiesen sei und daher erweiterter Fürsorge erst recht bedürfe, auch für die noch erwerbsfähige Witwe; gerade der in jetziger Zeit mit Recht so dringlich betonte Gesichtspunkt, daß eine Frau mit vielen Kindern ins Haus gehöre und nicht auf Erwerb angewiesen sein solle, spricht dafür, die Witwe mit Kindern in den Stand zu setzen, daß sie nicht in erster Linie auf den Erwerb aus ihrer Hände Arbeit angewiesen sei. Wenn man daher zu dem Schlusse kommen muß, daß die das Witwen- und Waisengeld in ihrer Höhe beschränkenden Bestimmungen fallen und diese Renten sämtlich unverkürzt ausgezahlt werden müssen, so käme man allerdings zu dem merkwürdigen Ergebnisse, daß die Witwe mit ihren Kindern mehr an Witwen- und Waisengeld beziehen könnte, als ihr verstorbener Mann, der für Frau und Kinder sorgen mußte, als Pensionär bezogen hatte, so daß die geringere Pension für eine Person mehr zum Leben ausreichen mußte, das höhere Witwen- und Waisengeld aber der um eine Person verringerten Familie zustehen würde. Diesem Ergebnisse könnte man mit dem Einwande begegnen, daß der Pensionär nicht in allen Fällen ganz invalide, sondern daß ihm noch ein Teil Arbeitskraft verblieben ist, die er im Interesse der Familie erwerbend zu verwerten in der Lage war. Mit seinem Tode fällt dieser Erwerb für die Familie fort. Indes die ganze Frage ist von einem anderen Punkte aus anzufassen. Daß Witwen- und Waisengelder, wenn sie unbeschränkt ausgezahlt würden, den Betrag der Pension übersteigen würden, kann dann gar nicht mehr vorkommen, wenn man mit dem Bedürfnisse zur Fürsorge für kinderreiche Familien nicht erst bei der Witwe und den Waisen einsetzen würde, sondern schon beim Pensionär und seiner Familie, zu dessen Pension Zuschüsse zu zahlen sein würden, die Kinder besonders berücksichtigte. Auch hier bietet die Reichsversicherungsordnung im § 1291 ein Vorbild, das den ganz modernen Gedanken der Kinderzuschüsse bereits verwirklicht hat. § 1291 besagt, daß, wenn der Empfänger einer Invalidenrente Kinder unter 15 Jahren hatte, sich die Rente für jedes dieser Kinder um $^1/_{10}$ bis zum höchsten 1½fachen Betrag erhöht. Die Folge dieser Begrenzung war allerdings, daß höchstens 5 Kinder bei der Er-

[20]) Anders in der Angestelltenversicherung, wo diese Voraussetzung nicht gilt (§ 28 des Versicherungsgesetzes für Angestellte).

Digitized by Google

höhung berücksichtigt werden konnten, ein sechstes aber erst, wenn das älteste das 15. Lebensjahr vollendete und aus der Berechnung ausschied. Die schon erwähnte Novelle zur Reichsversicherungsordnung hat, den Gedanken bei Aufhebung der §§ 1294, 1295 folgend, auch diese Beschränkung der Erhöhung fallen lassen, so daß sich nach ihr die Invalidenrente für jedes Kind um $^1/_{10}$ vermehrt, ganz gleich, wie kinderreich die Familie ist.

Dieser kinderfreundliche Gedanke würde sich ohne Schwierigkeit auf das Pensionsrecht, den Pensionär allein und den mit Kindern abgestuft übertragen lassen; diese Regelung wäre indes nicht möglich ohne entsprechende Abstufung der Gehälter der aktiven Beamten, und auf diesem Standpunkte sind wir ja während des Krieges mit den sogenannten Kriegsbeihilfen für Beamte angelangt. Die Reichsleitung und das preußische Staatsministerium sind zu einer Erhöhung der Beihilfen und zu einer Erweiterung des Empfängerkreises gekommen [21]), ausgehend von dem Grundsatze, je niedriger das Gehalt und je größer die Kinderzahl, desto höher sei die Beihilfe zu bemessen, danach sollen 3 Gehaltsklassen bis 2300, 4800 und 7800 ℳ, Grundbeträge für Kinderlose und Zulagen für das erste Kind von 12 ℳ, für das zweite 13 ℳ (bezw. in Gruppe 2 und 3 je 11 und 10 für das erste, je 12 und 11 für das zweite Kind) und für jedes weitere Kind eine Mark mehr monatlich gezahlt werden. Eine derartige Abstufung der Gehälter für Unverheiratete und für Verheiratete, unter diesen für solche ohne Kinder und mit Kindern wird auch nach dem Kriege für die Friedenszeit unbedingt Platz greifen müssen, wenn man Bevölkerungspolitik treiben, die Ehen erleichtern und die kinderreichen Familien stützen will. Eine dementsprechende Regelung mit Kinderzuschüssen muß dann auch hinsichtlich der Pensionen Platz greifen, denn man kann unmöglich den Pensionär nur auf die Pension anweisen und ihm die Kinderzulagen wieder nehmen; das würde sonst seine wirtschaftliche Existenz ungemein herabdrücken. Nimmt man auch diese Regelung bei den

---

[21]) Finanzminister Lentze in der 85. Sitzung vom 22. März 1917. Stenographischer Bericht des Abgeordnetenhauses, 1916/17, S. 5595, 3. Session, 22. Legislaturperiode, und die mitgeteilten Skalen. — Von dem gleichen Gesichtspunkte der Berücksichtigung der Kinder gehen auch die späteren Bestimmungen über Kriegsbeihilfen und -teuerungszulagen aus (Min. Erlasse vom 26. März, 2. September und 25. November 1918, Min. Bl. S. 73, 173, 257).

Digitized by Google

Pensionen vor, so wird die hier in Rede stehende Möglichkeit, daß Witwen- und Waisengeld den Betrag der Pension — der dann die Kinderzulagen hinzuzurechnen sind — übersteigen, nicht mehr gegeben sein[22]); die betreffenden Bestimmungen in den Reichs- und Landesgesetzen könnten dann als gegenstandslos fallen.

2.

Der 15—25 Jahre jüngeren Witwe wird das Witwengeld für jedes angefangene Jahr des Altersunterschieds um $^1/_{20}$ gekürzt. (§ 12 [§ 6]).

Gerade bei dieser Bestimmung zeigt die geschichtliche Entwicklung, daß man deren große Härte abzumildern bestrebt war. Das preußische Gesetz brachte den Zusatz, daß nach fünfjähriger Ehe die Kürzung um $^1/_{20}$ für das Jahr wieder zurückgerechnet werden könnte, das Reichsbeamtengesetz erhöhte diese Möglichkeit noch dadurch, daß die Zurückrechnung $^1/_{10}$ für das Jahr betragen solle.

Ist die Witwe also 25 Jahre jünger, so würde die Witwenpension um $^{10}/_{20}$ zu kürzen[23]) sein, d. h. nur die Hälfte betragen, nach fünfjähriger Dauer der Ehe würde dieser Schaden nach preußischem Rechte in 10 Jahren (für das Jahr $^1/_{20}$ bis zu $^{10}/_{20}$), nach Reichsrecht in 5 Jahren (für das Jahr $^1/_{10}$ bis zu $^5/_{10}$) wieder gut gemacht sein, d. h. die Ehe muß in Preußen 15 Jahre, im Reiche 10 Jahre gedauert haben, bis eine 25 Jahre jüngere Witwe das volle Witwengeld erhält. Ist sie weniger als 25 Jahre jünger, so vermindert sich diese Jahresrechnung entsprechend.

Schon bei Beratung der Abänderungen der ursprünglichen

---

[22]) Würden z. B. die jetzigen Kriegsbeihilfen als Kinderzuschüsse in Friedenszeiten neben dem Gehalt und neben der Pension gewährt und das Witwengeld nur von der reinen Pension berechnet, so würden, soweit mir ersichtlich erscheint, sich keine Fälle ergeben, in denen Witwengeld plus Waisengelder den Betrag der Pension plus Kinderzuschüsse übersteigen. Z. B. die höchste Pension beträgt bei einem Gehalte von 7600 ℳ 5700 ℳ; beim Vorhandensein von 6 Kindern kämen dazu 900 ℳ Kinderzuschüsse, so daß der Grenzbetrag wäre 6600 ℳ. Das Witwengeld von 5700 ℳ ergibt 2280 ℳ, das Waisengeld für 6 Waisen 2736 ℳ, zusammen 5016 ℳ. Bei 9 Kindern würde der Grenzbetrag sein 5700 + 1512 = 7212, Witwengeld 2280 + Waisengeld 4104 = 6384 ℳ.

[23]) Auf die Höhe der Waisengelder hat diese Kürzung des Witwengeldes nach den Gesetzen keinen Einfluß.

Digitized by Google

Fassung sind Stimmen laut geworden, die auf gänzliche Beseitigung dieser Bestimmungen antrugen; indes vergeblich. Auch hier war der Grund für ihre Aufstellung und ihre Beibehaltung ein fiskalischer: die so viel jüngere Witwe würde die Staatskasse zu lange belasten; deshalb mußte eine solche Witwe bestraft werden, indem man sie auf geringere Rente setzte und auf ihrer Hände Arbeit hinwies, und erst allmählich gestattete man ihr, ihr Vergehen, einen so viel älteren Mann geheiratet zu haben, dadurch wieder gut zu machen, daß die Ehe so und so lange gedauert hat — zu welcher von ihrem Willen unter Umständen ganz unabhängigen Tatsache sie an sich gar nichts tun und woran sie gar nichts ändern konnte. Man hielt der Witwe vor, was für ein ausgezeichnetes Geschäft sie mache, wenn sie einen mit höchster Pensionsaussicht ausgestatteten Beamten heiratete, man stellte ihre noch mögliche Erwerbsfähigkeit in Rechnung, man sprach davon, daß das Gesetz „zu viel absehe von der Gegenleistung für die individuelle Arbeit", — man sprach aber kein Wort davon, wovon wir heute sprechen, von dem staatsbürgerlichen Verdienst, eine Ehe zu schließen und Kinder zu erzeugen, ohne dabei im allgemeinen feste Altersunterschiede der Ehegatten zu begrenzen [24]), man erwähnte nur unter Heiterkeit, „wenn" es ein Verdienst sei, einen angehenden alten Junggesellen noch zu bekehren, seine staatsbürgerlichen Pflichten zu erfüllen, ja man machte dem Gesetze geradezu den Vorwurf, daß es mittelbar auf eine Hagestolzensteuer und auf Kinderzeugungsprämien hinauslaufe! Solche Worte wären heute nicht mehr möglich, und die Tatsache, daß der Staat seine Beamten, — die er (— namentlich die höheren —) so spät und so spät auskömmlich besoldet, daß sie eine Familie früh nicht gründen können, — wenn sie infolgedessen erst spät heiraten, aber nun eine jüngere Frau, noch dadurch bestraft, daß er das Witwengeld deshalb kürzt, ist mit unseren gewandelten Anschauungen, die kein fiskalisches, sondern ein staatsbürgerliches Interesse an die Spitze stellen, nicht mehr vereinbar. Die ganzen Bestimmungen der §§ 12 bezw. 6 müssen als nicht mehr zeitgemäß fallen!

---

[24]) Auf abweichende Theorien der Rassenhygiene kann hier in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden. Es handelt sich hier nicht darum, ob solche Ehen vom Standpunkte dieser Theorien zu empfehlen sind, sondern darum, der wirtschaftlichen Not der vorhandenen zu steuern.

Digitized by Google

Niemals ist in den Parlamentsverhandlungen die Rede davon gewesen, wie oft auch die Beamtenfrauen vor ihren Männern versterben, — in welchen Fällen der Staat das Witwengeld ganz spart — und davon, daß es sich bei den so viel jüngeren Frauen bezw. Witwen dann um zweite Frauen handeln kann. Schreitet ein 36jähriger Witwer zur zweiten Ehe und ehelicht eine 20jährige, so ist das keineswegs etwas so abnormes, daß aus diesem Schritte Rechtsnachteile folgen müssen. Auf derartige Beispiele ist namentlich im Reichstage zutreffend hingewiesen worden, und die Bemerkung „es wäre nicht einzusehen, warum ein Beamter, der erst in seinem 45ten Jahre heirate, absolut genötigt sein solle, eine Frau über 30 Jahre zu heiraten", trifft durchaus das Richtige. Ebenso zutreffend ist gesagt worden, daß die Verkürzung der Witwe im Witwengelde die Kinder trifft, deren Ernährung und Erziehung die Witwe vom Witwengelde zum Teil mit bestreiten muß. Das ist gerade der heute in erster Linie stehende Punkt. Wenn man die Witwe auf Erwerb anweist, um sich den erforderlichen Lebensunterhalt zu verdienen, schädigt man die Interessen der Kinder, und das ganz besonders dann, wenn man die Frau dadurch zu dem außerhäuslichen — meist höher gelohnten — Erwerbe treibt. Mit Recht ist auch darauf hingewiesen worden, daß für die Beamtenwitwen der gebildeten Lebenskreise die Vertröstung auf eigenen Erwerb von durchaus zweifelhaftem Werte ist. Das staatsbürgerliche Interesse erfordert es, daß die Hinterbliebenen eines Beamten, Witwe und Kinder, in geordneten Verhältnissen leben; damit ist es, wie in den Verhandlungen richtig ausgeführt wurde, nicht zu vereinbaren, daß aus dem Alter der Witwe hinsichtlich der Höhe des Witwengeldes ein Unterschied hergeleitet wird.

Eine letzte Rechtfertigung für die Kürzung des Witwengeldes endlich, die den in den Jahren so unterschiedlichen Ehen gegenüber vorgebracht wurde, geht dahin, daß man damit verhindere, daß eine jüngere Frau einen alten Beamten heirate lediglich, um das Witwengeld zu erschleichen; habe die Ehe aber fünf Jahre gedauert, so dürfe man „im allgemeinen annehmen", daß die Ehe nicht zu diesem Zwecke eingegangen sei (oben zu III e). Abgesehen davon, daß diese Schlußfolgerung sich selbst nicht sicher ist, in allen Fällen das Richtige zu treffen, so sind derartige Fälle der beabsichtigten Erschleichung durch den § 13 Abs. 1 (bezw. § 8 des Reichsgesetzes) hinreichend mitgetroffen. Dazu bedarf es der Kürzungsbestimmungen

Digitized by Google

des Witwengeldes nicht, unter welchen eine ganze Klasse von Witwen um eines möglichen Mißbrauchs einiger unschuldigerweise zu leiden hat.

3.

Daß die Witwe, wenn sie die Ehe mit dem Beamten innerhalb dreier Monate vor seinem Ableben geschlossen hat, und wenn die Eheschließung nur zum Zwecke der Verschaffung des Witwengeldes erfolgt ist, — was natürlich bewiesen werden muß — keinen Anspruch auf Witwengeld hat (§ 13 [§ 8] Abs. 1), ist durchaus gerechtfertigt. In diesen Fällen des Abs. 1 handelt es sich um betrügerische Absicht, um die Erschleichung der Rente, was hier im Vordergrunde steht, während die Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten ganz in den Hintergrund gedrängt wird. Diese Bestimmung muß also beibehalten werden.

Der ursprüngliche Ausgangspunkt für den Abs. 2 des § 13 [§ 8] — die Verpflichtung des Beamten zur Leistung von Beiträgen zur Witwen- und Waisengeldkasse — ist zwar fortgefallen; indes hat dieser Absatz darüber hinaus selbständige Bedeutung: Die hinterbliebene Witwe und Waisen sollen nur dann Anspruch auf Versorgung haben, wenn die Ehe während der aktiven Dienstzeit des Beamten geschlossen ist. Ist diese Rechtsauffassung haltbar? Rechtsprechung und Literatur[25]) haben das Diensteinkommen des Beamten nicht als eine Entschädigung für einzelne Dienstverrichtungen, nicht als Gegenleistung für Arbeitsdienste, sondern als eine Entschädigung für seine gesamte Amtstätigkeit, für das Amt als solches, das er führt, als standesgemäßen Unterhalt angesprochen, und zwar als solchen während und nach der Amtsführung. Daher gehören zum Diensteinkommen nicht bloß die während der Aktivität zu gewährenden Bezüge an Gehalt usw., sondern auch die nach ihrer Beendigung zu zahlenden Bezüge an Pension und Witwen- und Waisengeld. Da der Anspruch auf letztere nach Aufhebung der betreffenden Bestimmungen nicht mehr von der Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zur Witwen- und Waisenkasse abhängig ist, so folgt der Anspruch

[25]) Vgl. das Nähere in Kautz-Appelius, Preußisches Kommunal-Beamtenrecht, 2. Aufl., S. 141.

Digitized by Google

lediglich aus der Führung eines mit Ruhegehalts- und Hinterbliebenenversorgung ausgestatteten Amtes. Dann ist aber der maßgebende Zeitpunkt, ob der Anspruch auf Witwen- und Waisengeld nach außen hin in die Erscheinung tritt, der Zeitpunkt des Todes des Beamten; ist zu dieser Zeit eine Witwe [26]) und sind Waisen vorhanden, so verwirklicht sich der bereits durch die bezeichnete Amtsführung entstandene, bis zum Tode des Beamten befristete Anspruch, gleichgültig wann der Beamte die Ehe geschlossen hat, ob noch als aktiver oder als pensionierter. Die gesetzlichen Bestimmungen, die der von einem pensionierten Beamten geschlossenen Ehe diese Rechtsansprüche versagen, beruhen lediglich auf fiskalischen Gründen und sind mit der erörterten Rechtsauffassung des Beamteneinkommens nicht zu vereinbaren. Man hatte die Besorgnis, daß sich „junge Frauen und Mädchen an alte pensionierte Beamte lediglich des Witwengeldes halber heranmachen" (oben III e am Schlusse); es ist aber kein Grund abzusehen, weshalb sich „junge Frauen und Mädchen" nicht auch an aktive bis zu 15 Jahren ältere Beamte „heranmachen" sollten, die doch viel mehr Gehalt beziehen, von dem auch die Frauen Vorteil hätten, und nach dessen Tode sie auch Witwengeld ohne gesetzliche Schwierigkeiten bekämen. Und ferner: Muß denn der pensionierte Beamte immer schon ein „alter" Mann sein? Können nicht auch jüngere Beamte wegen Gebrechen (z. B. Taubheit), die im übrigen ihre staatsbürgerliche Befähigung zur Eheschließung nicht beeinträchtigen, pensioniert werden? Kann dieser Fall sich nicht gerade jetzt als Folge des großen Krieges ereignen? Die früher wiederholt zum Ausdrucke gekommene Besorgnis, daß es dem weiblichen Geschlechte bei der Eheschließung mit dem Beamten hauptsächlich auf das spätere Witwengeld ankomme, berührt uns heute beinahe komisch; dolosen Fällen von Erschleichung des Witwengeldes soll auch hier ebensowenig, wie schon oben nicht, das Wort geredet werden, dafür trifft aber § 13 (8) Abs. 1 hinreichend Vorsorge.

Für Abs. 2 steht auch hier im im Vordergrunde des Interesses, die Ehe und die kinderreiche Familie möglichst zu stützen und sie nicht in ihren Rechtsansprüchen zu verkürzen, danach müssen die Bestimmungen der §§ 13 (8) Abs. 2 fallen.

---

[26]) Selbstverständlich bleibt die geschiedene Frau nach wie vor außer Betracht.

Digitized by Google

Selbstverständlich gilt das, was vorstehend vom Staate gesagt ist, auch für alle die, welche die Witwen- und Waisenfürsorge der Beamten nach den staatlichen Grundsätzen auszuführen haben, insbesondere für alle Kommunalverwaltungen im weitesten Sinne. Fallen die besprochenen gesetzlichen Bestimmungen, so muß auch ihre statutarische Wiedereinführung ausgeschlossen sein; dann wird sich in das große Gebäude der Bevölkerungspolitik auch dieser hier behandelte kleine Baustein den vaterländischen Interessen segensreich entsprechend einfügen.

Digitized by Google

V.

Voraussetzungen für die Bildung von Eigenjagdbezirken aus Seen, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen nach der preuß. Jagdgesetzgebung.[1])

Von Herrn Stadtrat Dr. jur. Otto Lohmann
in Königsberg i. Pr.

Die Begriffe „See", „Teich" und „Weiher" sind keine fest begrenzten. Auch das preußische Wassergesetz enthält keine genauere Begriffsbestimmung. Es spricht im § 1 von Seen als „Teilen der Wasserläufe" und ergänzt den Begriff „See" durch den Zusatz: „Teiche, Weiher und ähnliche Wasseransammlungen", ohne jedoch hiermit irgend eine Definition des Wortes „See" geben zu wollen. Im allgemeinen ist zwischen Seen im weiteren Sinne — als Oberbegriff — und Seen im engeren Sinne zu unterscheiden. Unter Seen im weiteren Sinne sind alle größeren, zu einer gewissen Ruhe gelangten Wasseransammlungen stehender Art ohne Bewegung zu verstehen, welche größtenteils umschlossen sind, und bei denen eine gewisse Abgrenzung gegen die umgebenden Grundstücke vorhanden ist[2]). Von diesen Wasseransammlungen werden größere Wasser-

[1]) Vgl. Wiesmann, Die Bildung von Eigenjagdbezirken nach der preußischen Jagdordnung im Verwaltungsarchiv Bd. 24 (1916) S. 352, die Kommentare für die preußische Jagdordnung von Dalcke-Delius, Ebner und Engelhardt-Danckelmann, sowie Bauer, Die Jagdgesetze Preußens, 3. Aufl., 1904, Kohli, Die preußischen Jagdgesetze 1900.

[2]) Vgl. Bauer a. a. O. S. 63 Anm. 34; Dalcke-Delius a. a. O. § 13 Z. 1; Holtz-Kreutz, Kommentar zum preußischen Wassergesetze § 1 Z. 6; Kohli a. a. O. S. 37 Anm. 12; Oberverwaltungsgericht in Entsch. Bd. 5 S. 190 ff.

Digitized by Google

flächen der angegebenen Art als „Seen im engeren Sinne" bezeichnet, auch als „Landseen" [3]). Kleinere Wasseransammlungen dagegen werden gemeiniglich „Teiche" oder „Weiher", auch „Tümpel" genannt. Das unterscheidende Merkmal zwischen Seen im engeren Sinne einerseits, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen andererseits bildet also lediglich die Größe. Nicht kommt es dagegen darauf an, ob die Wasserflächen künstlich oder natürlich gebildet werden, ebensowenig ob sie ohne Ab- und Zufluß sind, oder ob sie einen Durchfluß besitzen. Im letzteren Falle ist jedoch bei Wasseransammlungen mit einem Durchflusse zu beachten, daß nur solche zu den Seen gerechnet werden können, deren Wasser ohne Bewegung ist, bei denen sich also das Wasser zwar durch den Durchfluß angesammelt hat, aber doch zu einer gewissen Ruhe gelangt ist, ehe es wieder abfließt [4]). Ist dies nicht der Fall, also eine Bewegung des Wassers im Laufe des Durchflusses vorhanden, so handelt es sich nicht um Seen, sondern lediglich um Verbreiterungen oder Ausbuchtungen eines Wasserlaufs. Solche Wasseransammlungen sind daher trotz der seenartigen Erweiterung als Flüsse anzusprechen [5]).

Hinsichtlich der Bildung von Eigenjagdbezirken aus Seen im weiteren Sinne, also sowohl aus den Landseen wie aus Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen, hatte die bisherige preußische Jagdgesetzgebung die Notwendigkeit verneint, dem Eigentümer die Jagd auf den ihm gehörigen Wasserflächen der angegebenen Art zu untersagen. Wie bei der Ausübung der Jagd auf eingefriedigten Grundflächen glaubte der Gesetzgeber von besonderen Beschränkungen für die Jagdausübung durch den Eigentümer absehen zu können, weil die bei den Seen vorhandene natürliche Abschließung von den Nachbargrundstücken gegen Beschädigungen ausreichenden Schutz gewähre und ein etwaiger Zwang zur Verpachtung der Jagd für den Grundeigentümer unnötige Belästigungen enthalte [6]). Es wurde daher in der preußischen Jagdpolizei-

[3]) Im Folgenden wird der Ausdruck „Seen" nur für den Sammelbegriff Seen im weiteren Sinne, der Ausdruck Landseen für Seen im engeren Sinne gebraucht.

[4]) Holtz-Kreutz a. a. O. § 1 Z. 6.

[5]) Vgl. Holtz-Kreutz a. a. O. § 1 Z. 6. Vgl. auch Oberverwaltungsgericht in Bd. 5 S. 190.

[6]) Vgl. Bauer a. a. O. S. 62 ff. Anm. 33 und S. 60 Anm. 23.

Digitized by Google

ordnung ausdrücklich anerkannt, daß aus Seen ein Eigenjagdbezirk schlechthin gebildet werden könne, und den im § 2 zur Bildung von Eigenjagdbezirken für geeignet erklärten Flächen unter c noch hinzugefügt, daß „der Besitzer zur eigenen Ausübung des Jagdrechts auf Seen und auf zur Fischerei eingerichteten Teichen ohne Einschränkung befugt sei".

Die neue preußische Jagdordnung hat demgegenüber in dem dem § 2 der Jagdpolizeiordnung nachgebildeten § 4 davon abgesehen, schlechthin Seen als zur Bildung von Eigenjagdbezirken geeignete Flächen zu bezeichnen. Dies bedeutet aber nicht, daß nach der Jagdordnung die Bildung von Eigenjagdbezirken aus Landseen, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen unzulässig ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber geglaubt, Landflächen und Wasserflächen gleichartig behandeln zu müssen, und lediglich aus diesem Grunde von der Übernahme der im § 2c der Jagdpolizeiordnung enthaltenen besonderen Bestimmung für Seen abgesehen. Er hat daher im § 4 hinsichtlich der Voraussetzungen für die Bildung von Eigenjagdbezirken Land- und Wasserflächen im § 4 unter dem Sammelbegriffe „Grundflächen" einander gleichgestellt und dies in der Begründung des Entwurfes zur Jagdordnung ausdrücklich als seinen gesetzgeberischen Willen bezeichnet [7]).

Damit aus Seen, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen Eigenjagdbezirke gebildet werden können, müssen somit die allgemeinen, für die Bildung von Eigenjagdbezirken geltenden Voraussetzungen, wie sie im § 4 der Jagdordnung normiert sind, vorliegen.

Nach § 4 der Jagdordnung können aus solchen Land- und Wasserflächen desselben Eigentümers Eigenjagdbezirke gebildet werden, welche entweder dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigt sind (§ 4 Ziffer 1), oder welche in einem oder mehreren Gemeinde-(Guts-)bezirken einen land- und forstwirtschaftlich benutzbaren Flächenraum von wenigstens 75 Hektaren einnehmen und in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen werden (§ 4 Ziffer 2).

Was zunächst die Bildung von Eigenjagdbezirken nach § 4 Ziff. 1 der Jagdordnung betrifft, so genügt bei Landseen, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen die im § 4 Ziff. 1

[7]) Vgl. Begründung zum Entwurfe der Jagdordnung, Drucksachen Nr. 10 des Abgeordnetenhauses, 1907.

Digitized by Google

genannte Einfriedigung, um dem Eigentümer die Ausübung der Jagd auf ihnen in einem Eigenjagdbezirke zu verschaffen [8]). Auf die Größe der Flächen kommt es hierbei nicht an, auch nicht auf eine besondere Benutzungsart, z. B. die Einrichtung der Wasserfläche zur Fischerei, wie sie die frühere Jagdpolizeiordnung im § 2 c für Teiche vorschreibt. Es genügt vielmehr, daß die Wasserflächen so eingefriedigt sind, daß der Einlauf von Wild vollständig verhindert wird, und zwar nicht nur der Einlauf einzelner Arten von Laufwild, wie z. B. von Hirschen und Rehen, sondern aller Arten von Wild, mit Ausnahme des Flugwilds [9]).

Demgegenüber wird in § 4 Ziff. 2 der Jagdordnung die Bildung von Eigenjagdbezirken aus solchen in einem oder mehreren Gemeinde-(Guts-)bezirken liegenden Grundflächen desselben Eigentümers behandelt, die nicht in der in § 4 Ziff. 1 vorgeschriebenen Weise eingefriedigt sind. Sie wird an die Voraussetzung geknüpft, daß die Grundflächen einmal einen Gesamtflächenraum von wenigstens 75 Hektaren einnehmen und in ihrem Zusammenhange nicht voneinander durch ein fremdes Grundstück getrennt werden, und alsdann, daß sie land- oder forstwirtschaftlich benutzbar sind. Ausdrücklich ausgeschlossen von der Bildung eines Eigenjagdbezirkes nach § 4 Ziff. 2 werden ferner durch Abs. 2 solche Grundflächen, welche sich als Wege, Deiche und Flüsse darstellen, sowie solche Zubehörstreifen, welche längs Wegen, Kanälen und Eisenbahnen führen und wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten [10]).

Damit Landseen, Weiher, Teiche und ähnliche Wasseransammlungen einen Eigenjagdbezirk nach § 4 Ziff. 2 bilden können, müssen sie somit zunächst einen Flächenraum von wenigstens 75 Hektaren umfassen oder doch mit anderen demselben Eigentümer gehörenden Land- oder Wasserflächen, welche an sich zur Bildung von Eigenjagdbezirken geeignet sind, einen Flächenraum von wenigstens 75 Hektaren erreichen. Weiter ist erfordert, daß der Zusammenhang zwischen ihnen und den übrigen Grundflächen des-

[8]) Vgl. Dalcke-Delius a. a. O. Anm. 2 zu § 4.

[9]) Vgl. hierzu Engelhardt-Danckelmann a. a. O. § 4 Erl. Z. 6; Dalcke-Delius a. a. O. Anm. 3 zu § 4.

[10]) Daß die letztere Einschränkung von § 4 Z. 1 Abs. 2 sich nur auf die Zubehörstreifen bezieht, wird jetzt von der herrschenden Meinung anerkannt. Vgl. hierüber Wiesmann a. a. O. S. 353 ff.

Digitized by Google

selben Eigentümers, soweit sie den Eigenjagdbezirk bilden sollen, durch kein fremdes, d. h. einem anderen Eigentümer gehöriges, Grundstück unterbrochen wird. Hierbei ist jedoch nach § 4 Ziff. 2 Satz 2 die Trennung, welche fremde, d. h. anderen Eigentümern gehörige Gewässer und Teiche, ebenso Wege, Kanäle und Eisenbahnen mit Zubehörflächen (Schutzstreifen, Ausschachtungs-, Ausschüttungsflächen, Bahnhöfe und ähnliches) bilden, als eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht anzusehen.

Die nach § 4 Ziff. 2 der Jagdordnung zur Bildung von Eigenjagdbezirken berufenen Grundflächen müssen ferner land- oder forstwirtschaftlich benutzbar sein. Dieses Erfordernis ist aus § 2 a der Jagdpolizeiordnung übernommen worden. Dort war zwar von land- oder forstwirtschaftlich benutzten Grundflächen die Rede, Rechtsprechung und Schrifttum hatten aber diesen Begriff so ausgelegt, daß bereits die Benutzbarkeit der Flächen genüge, ohne daß eine solche Benutzung auch wirklich geschehe. Dementsprechend hat die Jagdordnung unter Aufnahme des Ausdrucks „benutzbar" anerkannt, daß nur erforderlich sei, daß die Flächen den Zwecken der Land- und Forstwirtschaft dienstbar gemacht werden können [11]). Ob eine Grundfläche land- und forstwirtschaftlich benutzbar ist, ist Tatfrage. Nicht hierzu geeignet sind zweifellos solche Flächen, welche dem Gewerbe, dem Handel, der Schiffahrt oder dem Verkehre dienen. Es genügt aber nicht, daß eine Grundfläche nur nebenbei geeignet ist, land- oder forstwirtschaftlich genutzt zu werden, sie muß vielmehr ihrer Hauptbestimmung nach hierzu geeignet sein. Ist dies nicht der Fall, vielmehr nur eine gelegentliche oder nur zum kleinen Teile eine land- oder forstwirtschaftliche Benutzung möglich, so ist der Flächenraum für sich allein oder zusammen mit anderen nicht zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes fähig [12]).

Dies vorausgeschickt können auch Landseen, Teiche, Weiher und ähnliche Wasseransammlungen als land- oder forstwirtschaftlich be-

[11]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts in Bd. 41 S. 297 und bei Schulz-Grasso Bd. 10 S. 101, Bd. 11 S. 271; Bauer a. a. O. S. 40 Anm. 11; Dalcke-Delius a. a. O. Anm. 4 zu § 4; Engelhardt-Danckelmann a. a. O. Erl. zu § 4 Z. 7; Wiesmann a. a. O. S. 351, 352; Reichsgericht vom 29. April 1887 bei Bolze Bd. 4 S. 49.

[12]) Vgl. Bauer a. a. O. S. 40 ff. Anm. 11; Engelhardt-Danckelmann a. a. O. Erl. zu § 4 Anm. 7; Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 41 S. 299.

Digitized by Google

nutzbare Grundflächen erscheinen. Seen, die sich zum Schneiden von Gras, von Binsen, von Schilf oder Rohr, zum Tränken von Vieh oder zum Halten von Geflügel benutzen lassen, dienen land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken, wie in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt ist[13]). Auch die Fischerei wird als landwirtschaftliche Benutzung angesehen; diese Ansicht, die auch vom Oberverwaltungsgerichte[14]) vertreten worden ist, ist aber mangels jeden sachlichen Zusammenhanges zwischen Fischerei und Landwirtschaft abzulehnen[15]).

Damit hat es, wie Wiesmann für Grundflächen überhaupt ausführt[16]), den Anschein, als ob alle Seen land- oder forstwirtschaftlich benutzbar sind, weil sich wohl kaum ein Landsee, ein Teich, ein Weiher oder eine ähnliche Wasseransammlung finden läßt, die nicht in der einen oder anderen angegebenen Weise benutzt werden könnte. Dies würde aber zu weit gehen. Denn nicht darauf kommt es an, ob ein See gelegentlich oder zu einem geringfügigen Teile oder nebenbei den angegebenen Zwecken dienen kann, sondern darauf, ob er seiner Hauptbestimmung nach sich zu solchen Zwecken benutzen läßt. Es gibt Wasserflächen, die sich ihrer Hauptbestimmung nach in erster Linie lediglich für Handels-, Gewerbe-, Schiffahrts-, Fischerei- oder zu Verkehrs-, Erholungs- und Sportzwecken eignen und bei denen die Möglichkeit einer land- oder forstwirtschaftlichen Benutzbarkeit überhaupt keine oder doch nur eine untergeordnete Rolle spielt. Dies kann vornehmlich der Fall sein, wenn an den Ufern oder in der Nähe überhaupt keine Leute wohnen, welche eine land- oder forstwirtschaftliche Nutzung mit Erfolg vornehmen könnten oder doch nur unter solchen Schwierigkeiten, daß sich die Nutzung nicht lohnen würde. Es kann auch der See seiner Lage oder seiner Zusammensetzung nach so beschaffen sein, daß er zu land- oder forstwirtschaftlicher Nutzung ungeeignet oder doch so wenig geeignet ist, daß unter gewöhnlichen Verhältnissen von einer land- oder forstwirtschaftlichen Benutzbarkeit nicht die

[13]) Vgl. Entsch. des Oberverwaltungsgerichts in Bd. 41 S. 297, Bd. 52 S. 361 und bei Schulz-Grasso Bd. 8 S. 58, Bd. 10 S. 101, Bd. 11 S. 271; Bauer a. a. O. S. 40 ff., bes. S. 41; Dalcke-Delius a. a. O. Anm. 4 zu § 4; Ebner a. a. O. Anm. 8a zu § 4; Engelhardt-Danckelmann Erl. Nr. 7 zu § 4; Wiesmann a. a. O. S. 352 Anm. 39.

[14]) Vgl. Oberverwaltungsgericht in Bd. 41 S. 297.

[15]) Vgl. Wiesmann S. 353 Anm. 45.

[16]) Vgl. Wiesmann a. a. O. S. 353.

Digitized by Google

Rede sein kann. In allen solchen Fällen kann von einem Dienen zu land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken nicht gesprochen werden. Ist vielmehr die Hauptbestimmung des Sees eine andere, erscheint er vielmehr in erster Linie als Verkehrsstraße oder als Ausflugsort und Vergnügungsplatz für sportliche Zwecke, dient er ferner in erster Linie Fabrikunternehmungen oder sonstigen gewerblichen Zwecken, z. B. der Elektrizitätserzeugung, als Staubecken usw., so ist er zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes nach § 4 Ziff. 2 der Jagdordnung nicht geeignet. Mit Recht hat daher das Oberverwaltungsgericht Mühlenteichen, welche ihrer Hauptbestimmung nach zur Ansammlung von Wasser für Mühlenbetriebe dienen, die Eigenschaft der land- oder forstwirtschaftlichen Benutzbarkeit im Sinne des § 4 Ziff. 2 der Jagdordnung abgesprochen [17]).

Für die Bildung von Eigenjagdbezirken aus § 4 Ziff. 2 der Jagdordnung besteht ferner noch die negative Voraussetzung, daß aus bestimmten Grundflächen, nämlich Wegen, Deichen, Flüssen und gewissen Zubehörteilen Eigenjagdbezirke nicht gebildet werden können, auch derartige Flächen den Zusammenhang zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes für getrennt liegende Grundflächen nicht herstellen können. Hier interessiert, daß von den Gewässern lediglich die Flüsse genannt sind. Zu diesen gehören nicht nur die Flüsse im engeren Sinne, sondern auch Ströme, Bäche und ähnliche fließende Wasserläufe. Dagegen fallen Landseen, Teiche, Weiher und ähnliche Wasseransammlungen nicht unter diese Ausnahme, es sei denn, daß sie lediglich als Verbreiterung oder Ausbuchtung eines Flusses und damit als Fluß anzusprechen sind. Ob dies der Fall ist, ist eine im Einzelfall unter Würdigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse zu entscheidende Tatfrage. Insbesondere ist auch Form und Gestalt der Wasserfläche von Bedeutung, möglicherweise auch die ortsübliche Bezeichnung als See, Weiher oder Teich [18]).

Endlich ist noch zu prüfen, ob und inwieweit die Bildung von Eigenjagdbezirken aus Seen durch die Bestimmung des § 4 Ziff. 2 Satz 2 der Jagdordnung ausgeschlossen wird, nach welcher Gewässer und Teiche keine Trennung des Zusammenhanges aneinandergrenzender Eigenjagdbezirksflächen darstellen. Diese Bestimmung schließt sich im Gesetzestext an die allgemeine Vorschrift des § 4

[17]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt 1893 S. 91; Bauer a. a. O. S. 40 Anm. 11; Engelhardt-Danckelmann a. a. O. Erl. 7 zu § 4.

[18]) Vgl. Holtz-Kreutz a. a. O. § 1 Z. 6 a. E.

Digitized by Google

Ziff. 2 der Jagdordnung an, daß Eigenjagdbezirke nur aus solchen Grundflächen, welche einen Flächenraum von wenigstens 75 Hektaren umfassen und in ihrem Zusammenhange nicht durch ein fremdes Grundstück unterbrochen werden, gebildet werden können. Sie lautet dahin, daß Gewässer, Teiche und andere näher bezeichnete Grundflächen als eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht angesehen werden sollen, wenn und soweit sie eine örtliche Trennung der zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes an sich geeigneten Flächen eines anderen Eigentümers darstellen. Vielmehr sollen die trennenden Gewässer, Teiche und ähnlichen Flächen dem angrenzenden Eigenjagdbezirk und, wenn sie zwischen verschiedenen Jagdbezirken liegen, jedem Jagdbezirke bis zur Mitte angeschlossen werden, falls der Inhaber des angrenzenden Eigenjagdbezirkes den Anschluß nicht ablehnt.

Die Vorschrift des § 4 Ziff. 2 Satz 2 der Jagdordnung enthält somit ein Doppeltes. Einmal will sie die Norm geben für die Berechnung der Mindestgröße der angrenzenden Eigenjagdbezirksflächen, indem bei der Berechnung der Mindestgröße die trennenden Gewässer, Teiche und sonstigen näher bezeichneten Flächen als nicht vorhanden angesehen und damit die Erreichung der erforderlichen Mindestgröße und die Bildung des Eigenjagdbezirkes ermöglicht werden sollen. Weiter soll aber auch durch die angeführte Bestimmung der tatsächliche Zusammenhang zwischen den angrenzenden Eigenjagdbezirkflächen hergestellt werden, indem die trennenden Flächen, falls dies nicht ausdrücklich von den Inhabern der Jagdbezirke abgelehnt wird, diesen angeschlossen werden sollen. Es enthält daher, solange diese Ablehnung nicht erfolgt, die Bestimmung zugleich auch das Verbot, aus den trennenden Flächen selbständige Eigenjagdbezirke zu bilden. Die Unzulässigkeit der Bildung von Eigenjagdbezirken aus den Trennungsflächen gilt aber auch dann, wenn der Inhaber der angrenzenden Jagdbezirke den Abschluß ablehnt. Denn mangels anderweiter Bestimmungen der Jagdordnung gehören in diesem Falle nach § 7 der Jagdordnung die Trennungsflächen zu denjenigen, welche zu dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke zusammenzufassen sind [19]).

Aus den genannten Trennungsflächen können somit Eigenjagdbezirke nicht gebildet werden. Dies gilt mangels gegenteiliger

[19]) Vgl. Dalcke-Delius a. a. O. I. Teil § 5 I.

Digitized by Google

ausdrücklicher Bestimmung sowohl für solche Flächen, die die Mindestgröße von 75 Hektaren nicht erreichen, als auch solchen, welche für sich allein einen Flächenraum von wenigstens 75 Hektaren umfassen und an sich zur Bildung von Eigenjagdbezirken nach § 4 Ziff. 2 der Jagdordnung geeignet wären. Denn der Zweck des Verbots ist der, die Bildung von Eigenjagdbezirken aus Flächen, die sich ihrer Beschaffenheit nach weniger zur Ausübung der Jagd eignen, zu verhindern und auf ihre Kosten die Bildung von Eigenjagdbezirken aus geeigneten Flächen zu erleichtern. Diesem Zwecke würde aber die Zulassung von Trennungsflächen von einer Größe von über 75 Hektaren zur Bildung eigener Jagdbezirke in gleicher Weise widersprechen wie die Zulassung kleinerer Trennungsflächen. Immer aber bezieht sich das Verbot der Bildung selbständiger Eigenjagdbezirke nur auf solche Trennungsflächen, deren Lage eine derartige ist, daß ohne ihr Vorhandensein die angrenzenden Eigenjagdbezirksflächen aneinandergrenzen würden.[20]) Ist dies nicht der Fall, so gelten für die Trennungsflächen die allgemeinen Bestimmungen über die Bildung von Eigenjagdbezirken.

Zu den Trennungsflächen des § 4 Ziff. 2 Satz 2 der Jagdordnung, und zwar zu den „Gewässern und Teichen", gehören auch die Landseen, Teiche, Weiher und ähnlichen Wasseransammlungen. Für das frühere Recht der Jagdpolizeiordnung war dies nicht ohne Zweifel. Zwar enthielt auch diese im § 2a die Bestimmung, daß die Trennung, welche Gewässer bildeten, als eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht anzusehen sei. Andererseits wurden aber im § 2c Seen ohne Rücksicht auf ihre Lage und Größe schlechthin als zur Bildung selbständiger Eigenjagdbezirke geeignet angesehen, und es war daher die Auffassung möglich, daß Seen von den Gewässern des § 2a ausgenommen seien. Mit Recht ist dies durch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts verneint worden, weil es dem Sinne des Gesetzes mangels ausdrücklicher Hervorhebung als Ausnahme nicht entspreche.[21]) Für die Jagdordnung können diese Bedenken aber nicht in Frage kommen, nachdem diese die Unterscheidung der Jagdpolizeiordnung zwischen Landflächen und Seenflächen fallen gelassen hat. Vielmehr besteht für

[20]) Vgl. Wiesmann a. a. O. S. 354; Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 52 S. 304.

[21]) Vgl. Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 52 S. 361 ff.

Digitized by Google

das heutige Recht kein Zweifel mehr, daß auch Landseen, Teiche, Weiher und ähnliche Wasseransammlungen zu den Gewässern und Teichen gehören, aus welchen Eigenjagdbezirke nicht gebildet werden können, falls ohne ihr Vorhandensein der Zusammenhang zwischen aneinandergrenzenden Eigenjagdbezirksflächen anderer Eigentümer hergestellt sein würde.[22])

Aus Landseen, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen können nach der preußischen Jagdordnung somit selbständige Eigenjagdbezirke gebildet werden, wenn die Wasserflächen:

1. dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigt sind, oder
2. in einem oder mehreren Gemeinde- (Guts-)bezirken einen Flächenraum von wenigstens 75 Hektaren einnehmen und in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß sie ihrer Hauptbestimmung nach land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken zu dienen geeignet sind, daß sie sich als Wasseransammlungen stehender Art ohne Bewegung und nicht lediglich als Ausbuchtungen oder Verbreiterungen fließender Gewässer (Flüsse, Ströme, Bäche) darstellen, und endlich, daß sie so gelegen sind, daß ihr Vorhandensein keine Trennung des Zusammenhanges mehrerer fremder, einen Eigenjagdbezirk bildender Grundflächen herbeigeführt.

---

[22]) Vgl. Oberverwaltungsgericht in Bd. 52 S. 361.

Digitized by Google

VI.

Feldpolizei.

Von Herrn Professor Dr. Franz Dochow in Heidelberg.

Landwirtschaftsrecht[1]) sind die Rechtssätze, die zum landwirtschaftlichen Betrieb in Beziehung stehen. Das Landwirtschaftsrecht ist kein Sonderrecht wie das Handelsrecht, das aber auch nicht nur für Kaufleute und keineswegs für alle Handelsgeschäfte gilt. Bei der erhöhten Bedeutung des landwirtschaftlichen Betriebs für die Allgemeinheit erscheint es zweckmäßig, dem Landwirschaftsrecht im angegebenen Umfang als Sondergebiet mehr Geltung zu verschaffen. Denn ihm sind eine große Anzahl Rechtssätze einzuordnen, die lediglich für den landwirtschaftlichen Betrieb von Bedeutung sind. Landwirtschaftsverwaltung[2]) ist Tätigkeit der zuständigen Verwaltungsorgane zu Schutz, Förderung und Regelung des landwirtschaftlichen Betriebs, um die zweckentsprechende Verwertung landwirtschaftlich nutzbarer Flächen zu ermöglichen. Feldpolizei[3]) ist die Gewährung von ge-

---

[1]) Schumacher, Landwirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1901), S. 4 bezeichnet als Landwirtschaftsrecht eine Auswahl aus den Bestimmungen des allgemeinen Rechtes, bei welcher der Zusammenhang der Rechtssätze mit der Landwirtschaft maßgebend war. Daraus ergab sich eine Rechtslehre für Landwirte, die auch das eigentliche Landwirtschaftsrecht umfaßt. Ebenso hat Arndt, Landwirtschaftsrecht, 1909, verfahren.

[2]) Dochow, Preußisches Verwaltungs-Blatt (1917) Bd. 38 S. 526 *. — Die Tätigkeit der Landwirtschaftsverwaltung ist begrenzt durch Gesetze, deren überwiegender Inhalt verwaltungsrechtlicher Natur ist (landwirtschaftliche Verwaltungsgesetze).

[3]) Loening, Art. Feldpolizei, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl. (1909), Bd. 4 S. 71; Hermes-Holtz, Art. Feldpolizei, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts von v. Stengel-Fleischmann, 2. Aufl. (1911), Bd. 1 S. 763. — Hermes-Holtz übernehmen die Definition von Loening, wonach die Feldpolizei alle Vor-

Digitized by Google

setzmäßigem Schutze durch Organe der öffentlichen Verwaltung gegen Störungen des landwirtschaftlichen Betriebs. Die Eigenart des landwirtschaftlichen Betriebs macht es erforderlich, daß neben dem allgemein gültigen Rechte ein besonderes Feldpolizeirecht ausgebildet wurde [4]). Das Feldpolizeirecht ist Landwirtschaftsrecht, die Durchführung der Feldpolizei gehört zu den Aufgaben der Landwirtschaftsverwaltung. Nach Erlaß des neuen Strafgesetzbuchs ist möglichste Übereinstimmung der landesrechtlichen Bestimmungen zu erstreben, was sich auch ohne erhebliche Schwierigkeiten ermöglichen läßt. Berechtigten Ansprüchen der Gegenwart genügt dem Inhalte nach das preußische Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 (GS. 230) [5]).

Störungen im landwirtschaftlichen Betriebe, soweit die Feldpolizei einzuschreiten hat, erfolgen nur durch Handlungen und Unterlassungen von Menschen, die auch für die Beschädigungen durch unbefugt weidende und unbeaufsichtigte Tiere verantwortlich sind. Störungen können eintreten durch unbefugtes Gehen, Reiten, Fahren und Viehtreiben über landwirtschaftlich genutzte oder nutzbare Grundstücke. Im landwirtschaftlichen Betriebe steht dem feldwirtschaftlichen der waldwirtschaftliche Betrieb gleich, soweit er nicht als selbständiger Betrieb nach forstwirtschaftlichen Grundsätzen betrieben werden muß [6]). Dies ist nicht erforderlich bei der Nutzung von Waldgrundstücken, die in die Feldflur eingestreut liegen oder an sie angrenzen und keine zusammenhängenden Forsten bilden. Landwirtschaftlich genutzt ist ein Grundstück, wenn auf ihm Acker-

---

schriften und Verwaltungsmaßregeln umfaßt, welche den Zweck haben, die Feld- und Weidewirtschaft gegen Beschädigungen durch Menschen und Tiere zu schützen. — Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl. (1895), S. 242 bezeichnet als landwirtschaftliche Polizei den Zweig der Polizeiverwaltung, der sich auf den Schutz und die Förderung des landwirtschaftlichen Betriebs bezieht.

[4]) Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1913), S. 248.

[5]) Rasch, Feld- und Forstpolizeigesetze 1914, S. 1 (Literaturangaben S. V); v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze Bd. 4 (1917) S. 207, bearbeitet von Holtz; v. Roenne-Zorn, Staatsrecht der Preußischen Monarchie, 5. Aufl. (1916), Bd. 3 S. 369 § 162: Schutz der Felder, bearbeitet von Dochow. — Vgl. auch Friedrichs, Gesetz vom 11. März 1850 über die Polizeiverwaltung, 1911, S. 180.

[6]) Vgl. hierüber Handbuch der Unfallversicherung, 3. Aufl. (1911), Bd. 3 S. 216 und die Kommentare zur Reichsversicherungsordnung.

Digitized by Google

bau, Wiesenbau, Weidenutzung, Waldbau oder Gartenbau erfolgt, nutzbar, wenn der Boden dafür ertragfähig gemacht werden kann, so bei Unland, Ödland und Abbauland (Torf-, Lehm- und Kiesgruben usw.)[7]. Nicht genutzt werden Wege und Baustellen nebst den dazu gehörigen Hofgrundstücken.

Man kann Erde unbefugt von einem Grundstück entfernen, man kann ein Grundstück durch Abgraben oder Abpflügen über die Grenze hinaus zu ungunsten eines anderen vermindern, aber man beschädigt dadurch den Boden nicht. Durch Störung des Betriebs kann die Ertragsfähigkeit des Bodens herabgesetzt werden. Deshalb ist es verboten, Steine, Schutt und Unrat auf fremde Grundstücke zu werfen. Die Ertragsfähigkeit kann ferner herabgesetzt werden durch unzeitgemäße Be- oder Entwässerung des Bodens. Deshalb ist es verboten, Be- und Entwässerungsanlagen zu beschädigen, damit der landwirtschaftliche Betrieb dadurch nicht gestört wird. Das Aussäen von Unkraut wirkt für längere Zeit nachhaltig auf den Boden. Das Kammergericht[8] hat eine stoffliche Beschädigung des Bodens angenommen, wenn durch Ausstreuen von Unkrautsamen der Ertrag auf Jahre hinaus verschlechtert wird, da er eine Veränderung erfährt, wenn er mit Unkraut überwuchert wird. Gänzlich zerstören kann man den Boden nicht[9].

Bei feldpolizeilichen Übertretungen handelt es sich aber seltener um eine wenn auch nur vorübergehende Entwertung des Bodens als um eine Verminderung des Wertes des Feldinventars. Man versteht darunter den kulturellen Zustand des landwirtschaftlich genutzten Bodens, wie er durch die ordnungsmäßige Behandlung im jährlichen Wirtschaftslaufe durch Bestellung, Umpflügung entsteht[10]. Deshalb ist es verboten, Bodenerzeugnisse zu entwenden, Vieh unbefugt außerhalb eingefriedigter Grundstücke ohne hinreichende Aufsicht weiden zu lassen. Gerätschaften, die gewohnheitsgemäß für weiteren Gebrauch auf dem Felde gelassen werden, sind unbefugt

[7] Aereboe, Allgemeine landwirtschaftliche Betriebslehre, 2. Aufl. (1917), S. 14.

[8] Jahrbuch (1914) Bd. 46 S. 368.

[9] Aereboe, Betriebslehre S. 21.

[10] Popitz, Die Feststellung von Kriegsschäden, Preußisches Verwaltungs-Blatt (1917) Bd. 38 S. 609. — Die auf dem Wirtschaftshofe befindlichen Vorräte sind das Hofinventar; alle Aufwendungen, die auf dem Felde gemacht sind, um eine neue Ernte zu gewinnen, bezw. die wachsenden Saaten bezeichnet man als Feldvorräte oder Feldinventar (Aereboe, Betriebslehre S. 103).

Digitized by Google

nicht zu benützen, desgleichen Wege, die dem öffentlichen Verkehre gesperrt sind. Wegeeinrichtungen dürfen durch Beschädigung nicht entwertet werden. Eingeräumte Vorrechte sind unter möglichster Schonung des fremden Grundstücks auszuüben; dies gilt von der Nachlese, dem Pflugwenden, der Jagd- und Wassernutzung [11]).

Nachweisbarer Schaden wird ersetzt; bei unbefugt weidendem Vieh ist immer Schadensverursachung anzunehmen.

Schädlinge der Tier- und Pflanzenwelt sind zu bekämpfen, dem landwirtschaftlichen Betriebe nützliche Tiere sind zu pflegen. Manche sind nützlich und schädlich.[12]) Das Vogelschutzgesetz vom 30. Mai 1908 (RGBl. S. 317) hat die landesrechtlichen Bestimmungen bestehen lassen, nach denen — selbstverständlich nicht gegen den Sinn des Reichsrechts — durch Polizeiverordnungen bestimmt werden kann, welche Vogelarten zu schonen, welche zu bekämpfen sind.[13]) Desgleichen wird durch Polizeiverordnung bestimmt, welche Unkräuter zu beseitigen sind. Die Rechtsentwicklung hängt von dem Auftreten neuer Schädlinge und neuer Bekämpfungsmöglichkeiten ab. Das geltende Reichs- und Landesrecht genügt dem Inhalte nach berechtigten Anforderungen. Die Fassung des preußischen Gesetzes läßt zu wünschen übrig. Die Landwirte haben im eigenen Interesse darauf zu achten, daß die gesetzlichen Bestimmungen befolgt werden, die Verwaltungsorgane die Aufgabe, immer wieder auf die Notwendigkeit einer zweckentsprechenden Durchführung des feldpolizeilichen Schutzes aufmerksam zu machen.

[11]) Über die Benützung fremder Grundstücke vgl. Schumacher, Landwirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1901), S. 405.

[12]) Rasch zum Feld- und Forstpolizeigesetz § 34.

[13]) Rasch S. 66; v. Roenne-Zorn, 5. Aufl., Bd. 3 S. 374.

Digitized by Google

B. Besprechungen.

6. B. Fuisting, Das Preuß. Einkommensteuergesetz vom 24. Juni 1891 in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juni 1906 nebst Ausführungsanweisung. (Taschengesetzsammlung Nr. 1). 6. verm. Auflage von Dr. Strutz, Wirkl. Geheimen Oberregierungsrat, Senatspräsidenten des Reichsfinanzhofs. Berlin. Carl Heymanns Verlag. 1919. 905 S. Preis geb. 10 M.

Die vorliegende sechste Auflage ist bis S. 770 ein Abdruck der anfangs 1917 im zweiten Abdrucke mit zwei Nachtragsabschnitten erschienenen fünften Auflage. Der dem Abdrucke hinzugefügte, 81 Seiten umfassende Nachtrag III bringt zunächst das Ergänzungsgesetz vom 30. Dezember 1916 zum Einkommensteuergesetze nebst ausführlichen Erläuterungen, die dem als Ergänzungsheft zur achten Auflage des großen Fuisting schen Kommentars erschienenen Kommentare des Verfassers zum Gesetze vom 30. Dezember 1916 entnommen und durch einige Urteile des Oberverwaltungsgerichts ergänzt sind. Wie es scheint, ist die letztinstanzliche Rechtsprechung zu diesem besonders vielen Zweifeln Raum gebenden Gesetze bisher nicht sehr fruchtbar gewesen, was darin seinen Grund haben mag, daß die Anwendung dieses Gesetzes vielleicht seltener Platz greift, als man bei seinem Erlaß erwartete, oder darin, daß bei dem infolge des Krieges arg verzögerten Geschäftsgange der Steuerbehörden bisher nur wenige Sachen aus dem Anwendungsgebiete des Gesetzes in die Beschwerdeinstanz gelangt sind. Die weiteren Nachträge enthalten die neueste Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zum Einkommensteuergesetze. Hier sei besonders hingewiesen auf die nicht in Übereinstimmung zu bringende Rechtsprechung des V. und VI. Senats über die Frage, ob der aus dem Verkaufe von Stücken des lebenden Inventars eines Landwirts erzielte Erlös Betriebseinnahme (Art. 11 I 1 der Ausf.-Anw. vom 25. Juli 1906) ist oder nicht (S. 832, 833 zu Anm. 19), auf das Urteil vom 16. November 1917 über das Wesen der sogen. Passivantizipation (S. 841 zu 2) und auf die Rechtsprechung, welche die auf Grund des Sicherungsgesetzes vom 24. Dezember 1915 gebildeten Rücklagen für die außerordentliche Kriegsabgabe für steuerpflichtig erklärt (S. 842 zu 4, S. 843 zu Anm. 6). Besonders bemerkenswert sind ferner die nicht vereinzelten Urteile des bis September 1918 von dem Verfasser geleiteten VII. Senats, der nach Übernahme der Bearbeitung der Staats- und Gemeindeeinkommensteuersachen der nicht physischen Personen

Digitized by Google

im Frühjahre 1917 vielfach von der früheren Rechtsprechung abgewichen ist. Hier seien einige Urteile von grundsätzlicher Bedeutung hervorgehoben. Der VII. Senat legt, falls eine außerhalb Preußens domizilierende Gesellschaft ihren Sitz nach Preußen verlegt, der Besteuerung die Ergebnisse nur derjenigen Geschäftsjahre zu Grunde, während welcher steuerpflichtiges Einkommen in Preußen erzielt ist, während die bisherige Rechtsprechung (Urteile des V. Senats vom 2. Mai 1903 und 18. Dezember 1909, auch Entsch. in Staatssteuersachen Bd. 7 S. 100) nach § 9[6] Satz 1 Einkst.-Ges. mit dem dreijährigen bezw. dem kürzeren Durchschnitte rechnete ohne Rücksicht darauf, ob die objektive Steuerpflicht der Gesellschaft in Preußen schon so lange bestand. Die neue Rechtsprechung wird den §§ 5[1] und 1[6] Einkst.-Ges. gerechter, wonach die daselbst genannten Vereinigungen nur steuerpflichtig sind, „sofern sie in Preußen ihren Sitz haben". Ebenso berücksichtigt der VII. Senat (Urteil vom 16. April 1918, Entsch. in Staatssteuersachen Bd. 7 S. 158, 159/17), wenn eine schon bestehende eingetragene Genossenschaft den Geschäftsbetrieb über den Kreis ihrer Mitglieder auszudehnen beginnt (§ 1[4] Ges.), nur das seit diesem Zeitpunkt entstandene steuerpflichtige Einkommen (S. 831 zu Anm. 54 — abweichend Entsch. in Staatssteuersachen Bd. 12 S. 282). Im Gegensatze zu Entsch. in Staatssteuersachen Bd. 16 S. 272, 273 rechnet das Urteil vom 31. Mai 1918 — VII E. St. 7. 18 — bei drei weniger als 36 Monate umfassenden Geschäftsjahren mit dem auf 12 Monate umgerechneten Ergebnisse nur dieses Zeitraums (S. 831 zu Anm. 56). Auf derselben Seite zu Anm. 57 findet sich das Urteil vom 21. Sept. 1917 — VII E. St. 25. 17 —, welches die bisher noch nicht geklärte Frage berührt, in welchem Umfange das Beschwerdegericht eine Nachprüfung der gesamten Veranlagung einschließlich des Verfahrens vorzunehmen hat. Die Berechtigung des Beschwerdegerichts zu einer Nachprüfung in unbeschränktem Umfang ist m. D. dem § 51 Abs. 3 Einkst.-Ges. zu entnehmen, wonach das Oberverwaltungsgericht bei seiner Entscheidung an diejenigen Gründe nicht gebunden ist, welche zur Rechtfertigung der in der Beschwerde gestellten Anträge geltend gemacht worden sind. Indessen hat sich bis jetzt eine feste Praxis über den Umfang des Rechtes bezw. der Pflicht des Beschwerdegerichts zur Nachprüfung nicht gebildet, und das Urteil vom 21. Sept. 1917 beschränkt sich denn auch ohne nähere Begründung auf den Ausspruch, daß von Amts wegen geprüft werden müsse, ob der Veranlagung die richtigen Durchschnittsjahre zugrunde liegen. Die von der früheren Rechtsprechung (Entsch. in Staatssteuersachen Bd. 10 S. 302 ff.) aus § 261[3] HGB. gezogene Folgerung, daß es einer Aktiengesellschaft, die bisher ihre Betriebsgegenstände nach jener Vorschrift mit dem um die Abnutzung verminderten Anschaffungs- oder Herstellungspreise bewertet hatte, gestattet sei, die Werte jeder Zeit auf die niedrigeren wirklichen herabzuschreiben, ist in dem Urteile vom 9. November 1917 fallen gelassen (S. 839 Nr. 4). Weiter hat der VII. Senat — abweichend von der Entscheidung a. a. O. Bd. 13 S. 296 ff. — in dem Urteile vom 18. Juni 1918 — VII. E. St. 10. 18 — dahin entschieden, daß die im § 16 Einkst.-Ges. vorgeschriebene „sinngemäße Anwendung des § 13" die Anwendung der Bilanzvorschriften des § 42 Ges., betr. die Ges. m. b. H., $\frac{\text{vom 20. Mai 1898}}{\text{20. April 1892}}$ nicht

Digitized by Google

habe ausschließen wollen (S. 843 zu Anm. 5a und 6). Besonders hinzuweisen ist auch auf die den bisherigen Standpunkt (Entsch. in Staatssteuersachen Bd. 13 S. 296 ff.) wesentlich abändernde Rechtsprechung zu der Frage, wann die Bezüge (Gehalt, Tantieme, Provision) der zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Werbungskosten anzusehen und wann sie als verteilter Gewinn dem steuerpflichtigen Einkommen zuzurechnen sind; es kann hier nur auf S. 845 ff. zu Anm. 10 verwiesen werden. Endlich hat der VII. Senat in verschiedenen Urteilen (S. 850 zu § 48 Einkst.-Ges.) die Tätigkeit eines bei der Veranlagung des Berufenden beteiligt gewesenen Mitglieds der Veranlagungskommission als Sachverständiger im Berufungsverfahren für unzulässig und einen wesentlichen Verfahrensmangel (§ 49 ² Ges.) bildend erklärt. Jeder Praktiker kennt die großen Schwierigkeiten, denen die Auswahl geeigneter Sachverständiger in Steuersachen, besonders in kleineren Veranlagungsbezirken, begegnet; trotzdem ist die Auffassung des VII. Senats m. D. unanfechtbar, weil durch die Natur der Sache geboten; denn sie sichert den Zweck des Berufungsverfahrens, die Nachprüfung der Veranlagung durch eine dieser ganz objektiv gegenüberstehende Behörde.

Der kleine Kommentar wird auch in der neuen Auflage ein zuverlässiger Führer durch die stetig wachsende Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zum Einkommensteuergesetze sein. An den betreffenden Stellen des Kommentars ist auf die Nachträge verwiesen.

Berlin-Wilmersdorf. Michaelis.

---

7. Ludwig Mohn, Rechtsanwalt, Preußisches Verwaltungsrecht (prakt. Teil). 1918. Verlag von Jul. Springer, 475 Seiten, Preis ℳ 18.—.

Das Werk führt zwei Titel, wie der Verfasser auch im Vorwort einen doppelten Zweck seiner Arbeit darlegt. Die Stellung der Kritik wird eine verschiedene sein, je nachdem dem einen oder dem anderen dieser Gesichtspunkte Rechnung getragen wird. Die Bezeichnung „Preußisches Verwaltungsrecht (praktischer Teil)" ist geeignet, etwas hoch gespannte Anforderungen zu erregen, auf deren Erfüllung der Inhalt nicht berechnet ist. Die Bearbeitung als Ganzes bietet geschickt gefertigte Auszüge aus den in Frage kommenden Gesetzestexten und den wichtigsten dazu ergangenen Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts meist ohne eigene Stellungnahme und erhebt keinen Anspruch auf eine wissenschaftliche Darstellung, wie sie ein Lehr- oder Handbuch des preußischen Verwaltungsrechts enthalten müßte. Ebensowenig erschöpft der besondere Teil den Umfang des Verwaltungsrechts, da er sich im wesentlichen auf die Hauptzweige der Verwaltungspolizei einschließlich Bau- und Wegerecht beschränkt, während große Verwaltungsgebiete wie das gesamte Kommunal- und Steuerrecht, Jagd-, Forst-, Wasserrecht und andere Zweige nicht aufgenommen worden sind. Der Verfasser geht dann auch in seinen einleitenden Bemerkungen von dem zweiten Buchtitel aus, indem er sein Werk als „Hilfsbuch für praktisches Verwaltungsrecht" einführt, das neben den theoretischen Lehrbüchern der Vorbereitung für die juristischen Prü-

Digitized by Google

fungen, aber auch den Praktikern zur Orientierung dienen soll. Diesen Zweck sucht der Verfasser zu erreichen, indem er die Darstellung der Rechtssätze gewissermaßen durchschießt mit einer Wiedergabe der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Die Auszüge enthalten nicht nur den Entscheidungswortlaut, sondern auch den Tatbestand nebst den Gründen. Die Vorteile dieser Methode für den Studierenden sollen nicht verkannt werden. Die trockene Theorie wird laufend unterbrochen und belebt durch praktische Fälle, die zugleich das Anwendungsgebiet erläutern und Einblick in die Auslegung des Gesetzes durch Wissenschaft und Judikatur eröffnen. Allerdings bergen Bearbeitungen dieser Art die Gefahr, daß der Examenskandidat an dem bequemen Compendium sich genügen läßt und daraus unter Verzicht auf jedes Eindringen in die Quellen und die wissenschaftliche Literatur den Prüfungsstoff sich anzueignen sucht. Diese Neigung wird unterstützt, wenn auch die Auswahl der behandelten Materien den Gebieten entspricht, die vorzugsweise den Gegenstand der Prüfungen bilden und bekanntlich in liebevoller Überlieferung der interessierten Kreise festgehalten werden. Der Verfasser betont, daß er sich auf die Verwaltungszweige beschränkt habe, „die für Prüfungen und Praxis von besonderer Bedeutung sind". Seine Darstellungen der polizeilichen Befugnisse gegenüber der Schule, der Presse, dem Theater und dem übrigen Gewerbe, die neben dem Vereins-, Bau- und Wegerechte den besonderen Teil zusammensetzen, sind zweifellos vorzüglich geeignet, dem Kandidaten ein anschauliches Bild der praktischen Verwaltung zu übermitteln und ihn an die Art und Weise zu gewöhnen, in der bei Prüfungen diese Rechtslehren im Anschluß an Fälle des täglichen Lebens erörtert zu werden pflegen. Für die Anwendung in der verwaltenden oder verwaltungsgerichtlichen Praxis reicht das Gebotene freilich nicht aus. Doch wird der vorwiegend mit privatrechtlichen Aufgaben befaßte Jurist mit Nutzen nach diesem Buche greifen, wenn er für die Behandlung einer verwaltungsrechtlichen Frage sich zunächst einen Überblick über die Spezialmaterie zu verschaffen wünscht. Insbesondere gilt dies für das Schlußkapitel, in dem der Einfluß des Krieges auf das Verwaltungsrecht, an erster Stelle die in der Rechtsprechung herausgebildete Praxis des Belagerungszustandes behandelt ist. Wenn auch die Anwendung dieses Ausnahmerechts jetzt ihr Ende gefunden hat, so lehrt doch auch die hier gebotene Zusammenfassung der leitenden Grundsätze überzeugend, daß die Machtbefugnisse des Militärbefehlshabers fast unbegrenzt waren, und daß das ganze Gesetz in das moderne Rechtsgefüge wie eine Versteinerung aus grauer Vorzeit hineinragt. Die anschließende Erörterung der reichsrechtlichen — meist auf Grund des sog. Ermächtigungsgesetzes durch den Bundesrat erlassenen — und einiger preußischer Sonderbestimmungen stellt einen Streifzug durch das Kriegsverwaltungsrecht dar, der ein anschauliches Bild von der Buntheit und Fülle der hier entwickelten gesetzgeberischen Tätigkeit entwirft.

Berlin. Dr. Lindenau.

---

8. Dr. Albert Hellwig, Entwurf eines Jugendschutzgesetzes nebst Begründung, Halle-Saale 1918, Hermann Gesenius. Preis 1,30 *M*.

Digitized by Google

Die Schrift ist im Juni 1918 im Felde vollendet und im Herbst nach der Staatsumwälzung erschienen. Die Veränderung der Staatsform und der politischen Herrschaft wird auf die Bedeutung des mit Liebe ausgearbeiteten Entwurfes keinen Einfluß haben; denn die neuen Machthaber bringen der Jugend gewiß ebensoviel Liebe und Fürsorge entgegen wie die alten getan haben, wenn sie auch andere Ziele verfolgen und andere Mittel vorziehen. Aber der Hellwigsche Entwurf ist von jedem Standpunkt aus abzulehnen, da er nicht nur nicht nützen, sondern schaden würde. Hellwig will als „Jugendschutz" nichts anderes, als die Personen unter 18 Jahren (auch verheiratete Frauen) im Besuche von Wirtschaften, Versammlungen, Vorstellungen, Rauchen und dergleichen einschränken und dabei die Erzieher und Gewerbetreibenden mit öffentlichen Strafen, die Jugend selbst mit Ordnungsstrafen belegen. Das ist alles. Nun ist zunächst ersichtlich, daß mit derartigen Äußerlichkeiten „die Zunahme der Verwahrlosung und der Straffälligkeit eines erheblichen Teiles der Jugend" nicht wirksam bekämpft werden kann. Ein Junge kann alles unterlassen, was Hellwig ihm verbieten will und doch ein kleiner oder großer Lump sein. Ins Theater geht ein wirklich verrohter Mensch von selbst nicht, und rauchen und Schnaps trinken kann er auch zu Hause oder im Walde. Also ist das, was Hellwig will, viel zu wenig, um ein Jugendschutzgesetz heißen zu können.

Es bewegt sich aber auch in falscher Richtung. Was haben die Lichtspiele mit der Straffälligkeit der Jugend zu tun? Zwar sagt Hellwig in der Einleitung, „daß Alkohol, Schundliteratur, Schundfilme und andere erziehungswidrige Umstände von ungünstigem Einfluß auf die Jugend sind, daß sie auch die Begehung von Straftaten begünstigen, dürfe nicht bestritten werden." Auch ich will es nicht „bestreiten", aber ich bezweifle es, und ich möchte zunächst einen Beweis für diese immer und immer wieder beweislos wiederholte Behauptung sehen. Meine und meiner Jugendfreunde Erfahrung spricht für das Gegenteil, wir haben uns nichts entgehen lassen, weder Aristophanes noch die bekannten Stellen des alten Testaments, und wir sind nicht verwahrlost, denn wir wußten, daß das mit zunehmender Reife aufhören mußte, und wir haben bei unsern Eltern immer nur gute Beispiele und nie etwas Unsittliches oder Unschickliches erlebt. Auch Größere haben ähnlich gedacht. Schleiermacher hat die Lucinde öffentlich verteidigt, Wieland genoß mit seinen langweiligen Unanständigkeiten großes Ansehen und volles Vertrauen als Prinzenerzieher und auch Goethe und Schiller haben sich mit reiner Freude über Schriften ausgesprochen, an denen wir heutzutage nur das Unanständige sehen. Auf der andern Seite ist mir noch keine einzige, aktenmäßige Darstellung eines „Falles" durch die Hand gekommen, aus dem hervorgeht, daß ein gesunder junger Mensch von guter häuslicher Erziehung durch bloßes Lesen oder Schauen von schlüpfrigen Dingen zum Lumpen, Rohling oder Verbrecher geworden wäre. In bezug auf die Lichtspiele wäre übrigens Hellwigs Wort eine Erklärung der Leistungsfähigkeit unserer ganzen, mit großer Strenge ausgeübten polizeilichen Filmzensur. Ich habe daher immer das Bedenken, ob nicht der ganze Kampf gegen „den Schmutz in Wort und Bild" nur ein bequemes Mittel ist, sich in der Fürsorge für das öffentliche Wohl geschäftig zu zeigen, ohne dabei große Auf-

Digitized by Google

wendungen an Geld, Verstand und wirklich geistiger Arbeit zu machen. Dieses Bedenken trifft Hellwig persönlich nicht, da er darüber hinaus viel Förderliches erstrebt und wohl auch erreicht hat.

Endlich aber halte ich die von Hellwig vorgeschlagenen Maßnahmen geradezu für schädlich. Die sittliche Festigkeit kann nicht durch polizeiliche Gängelung erreicht werden. Der Weg zur Selbständigkeit führt durch die Selbständigkeit. Es handelt sich hier um junge Leute bis zu 18 Jahren, die sich zum größten Teile schon ihren Unterhalt selbst verdienen, jedenfalls über ihre Lebensführung selbst zu entscheiden haben. Gerade am selben Tage wie die Hellwigsche Schrift geht mir eine andere von Friedrich Zimmer zu: „Lebenserziehung", in der es auf Seite 27 heißt: „Kindern gegenüber kann man freilich noch einigermaßen hoffen, mit einer auf Zwang sich stützenden „Regierung" auszukommen. So wie aber die Erziehung auch die Erwachsenen umfassen soll, reicht der Zwang nicht mehr aus, denn die Zeit der Autokratie ist endgültig vorüber, und die Regierung der Erwachsenen ist zu einem guten Teile Selbstregierung geworden". Die kleinliche polizeiliche Beschränkung im Sinne Hellwigs würde die Kinder nur aufsässig machen, und die Eltern, auch verständige, werden dabei nicht auf Seiten der Polizei zu finden sein. Es droht also zunächst planmäßige Umgehung und Hintergehung, durch die die Jugend zur Unehrlichkeit, oder wenn man kein so starkes Wort gebrauchen will, zur Benutzung von Schleichwegen gedrängt wird, und selbst wenn es möglich wäre, alle diese kleinen polizeilichen Zwangsmittel durchzusetzen, so würde das nur zur Folge haben, daß die jungen Leute nach Erlangung der Freiheit sich schrankenlos für die sittlichen Entbehrungen entschädigen, und sich dem Rauchen, dem Trinken, den Schaustellungen im Übermaße hingeben würden, nicht weil sie es gerne mögen, sondern weil sie es nun dürfen.

Positive Vorschläge zu machen, würde im Rahmen dieser Besprechung nicht möglich sein. Ich glaube aber bestimmt, daß eine Hebung der jugendlichen Sittlichkeit nur durch Hebung des freien Verantwortlichkeitsgefühls, vielleicht durch Förderung des Korpsgeistes, zu erreichen sein wird. Vor diesen polizeilichen Kleinigkeiten möchte ich aber ganz entschieden warnen. Man beschäftige die Jugend, man sättige sie, körperlich, geistig und gemütlich, man sei selbst mit der Jugend und für die Jugend jung, man vergesse nicht, den Apfel neben die Rute zu hängen, und man verlange aber auch nicht von ihnen, daß sie plötzlich aus der Art schlagen und auf einmal ganz andere Menschen sein sollen, als ihre Eltern, Lehrer und Vorgesetzten sind.

Düsseldorf. Karl Friedrichs.

---

9. Dr. jur. Eduard Hubrich, o. ö. Professor der Rechte, Der Legalcharakter der preußischen Universitätsstatuten und die Notwendigkeit eines neuen Universitätsgesetzes. Greifswald 1918. Verlag von Bruncken & Co. VI und 136 S. Preis 6 M.

Der Verfasser hat seit 1916 teils in selbständigen Büchern, teils in Zeitschriften eine Reihe von Arbeiten veröffentlicht, die in nahem sach-

Digitized by Google

lichem Zusammenhange miteinander stehen und den Statutenbegriff im Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten, die Streitfrage über die Publikationspflicht autonomer Statuten in Preußen, das Greifswalder Universitätsrecht, die Rechtsgrundlagen des öffentlichen Korporationswesens in Preußen, den Begriff und die Entstehung der moralischen Personen nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht und ihre wechselvolle Beurteilung durch die preußische Theorie und Praxis, die Entwicklung der Gesetzespublikation in Preußen und die Korporationsnatur der preußischen Universitäten betroffen haben. Die meisten von ihnen sind im Verwaltungsarchive besprochen oder doch angezeigt worden. Als den Schlußstein dieser Untersuchungen, die alle aus dem Grundgedanken der Sicherung der Idee des Rechtsstaats im Bereiche des preußischen Universitätswesens heraus entstanden seien, bezeichnet er selbst im Vorworte seine jetzt vorliegende Untersuchung. Ein solcher Schlußstein ist sie in der Tat. Das gilt auch zunächst im allgemeinen dahin, daß sie mit den früheren Untersuchungen den Vorzug teilt, dazu allen erlangbaren Stoff und manche vergessene oder bisher ganz unbeachtet gebliebene oder nicht ausreichend beachtete Quelle benutzt und hierdurch nicht bloß erstrebt, sondern auch erreicht zu haben, daß sich eine ganze Anzahl von früheren Ansichten als irrig herausgestellt hat. Im einzelnen aber zeichnet sie sich ebenfalls wieder durch ein tiefes Eingehen auf ihren Gegenstand und die gründliche Behandlung aller für ihn zu beantwortenden Fragen in wohl vollständig erschöpfender Weise aus. Die Schlußergebnisse, zu denen Hubrich nunmehr gekommen ist, hat er im Vorworte S. IV und V kurz zusammengefaßt und ferner den Inhalt des Buches in einem ihm voraufgehenden Verzeichnis unter 18 Paragraphen angegeben, so daß es leicht ist, sich über jene und diesen zu unterrichten. Der Schwerpunkt seiner gesamten jetzigen Ausführungen liegt in dem Nachweise, daß bis zur Stunde die preußischen Universitäten echte öffentlichrechtliche Korporationen mit Selbstverwaltungsbefugnissen und die preußischen Universitätsstatuten Legalstatuten, wegen des Erfordernisses der Bestätigung durch den König juristisch Staatsgesetze und als Verfassungsquellen bestimmter lokalisierter Korporationen Lokalgesetze im weiteren Sinne des Begriffs sind. Zu dem Zwecke werden die einzelnen preußischen Universitäten und ihre Statuten sowie die sog. lex Schiffer vom 10. Juli 1906 besprochen, unter den Statuten besonders das Greifswalder Universitätsstatut von 1865 und die Maßnahmen der Verwaltung ihm gegenüber während des Weltkriegs, denen Hubrich die ernsteste Anzweiflung ihrer Rechtsgültigkeit entgegensetzen zu sollen glaubt.

Einem so bewanderten und geübten Sachkenner, wie es für den Gegenstand der vorangegangenen Untersuchungen und der gegenwärtigen Hubrich ist, auch nur in der einen oder der anderen Einzelheit entgegenzutreten, wäre ein bedenkliches Unterfangen und würde jedenfalls mehr Raum in Anspruch nehmen, als für diese Besprechung zur Verfügung steht. Es muß genügen, auf die Schrift hier hinzuweisen und das Urteil auszusprechen, daß ihre Darlegungen wieder durchweg den Eindruck unbedingter Richtigkeit machen. Wenn davon auch einiges seit dem Ende August 1918, wo das Vorwort geschrieben wurde, durch die späteren politischen Ereignisse überholt worden ist, so ist doch alles Wesentliche unberührt geblieben. Das trifft noch selbst bei

Digitized by Google

dem über die Notwendigkeit des raschen Erlasses eines neuen Universitätsgesetzes und über dasjenige Gesagte zu, was sich hierfür auch bei vorsichtiger Beschränkung auf das Allernotwendigste, wie die einfachste politische Klugheit sie anrate, empfehle. Denn wenn schon gerade insoweit die Überholung besonders stark einwirken wird und es wenig wahrscheinlich sein möchte, daß auch nur das durch Hubrich empfohlene Allernotwendigste Verwirklichung findet, immerhin ist es doch derartig, daß höchstens ein völliger Umsturz des Bestehenden, aber nicht eine sachgemäße Umgestaltung des Universitätswesens daran einfach mit Stillschweigen vorübergehen darf.

In einem Nachtrage teilt der Verfasser mit, daß er kurz vor Abschluß des Druckes Gelegenheit gehabt habe, im Justizministerium zu Berlin die Materialien, welche sich auf die Publikationsvorschriften der Einleitung des Allgemeinen Landrechts beziehen, einzusehen, und erstattet hierüber einen allgemein wertvollen Bericht.

Dr. Schultzenstein.

10. Professor Dr. Ed. Heilfron, Geheimer Justizrat, Die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden. Zweiter Band: Bis zum Weltkriege von 1914. J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig. 1918. XV, 469 S. Preis 36 *M*, geb. 40 *M*.

Der erste Band des Werkes ist eingehend in Bd. 25 S. 82—86 des Verwaltungsarchivs besprochen worden. Für ihn war als Schlußzeitpunkt der Beginn des Krieges von 1864 betrachtet worden. In dem zweiten Bande sollte die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden in den übrigen Staaten des Deutschen Bundes außer Preußen für die Zeit bis 1864 dargestellt werden. Diesen Plan und damit die ursprüngliche Einteilung des Gesamtwerkes hat der Verfasser inzwischen geändert. Der jetzt vorliegende zweite Band umfaßt die gesamte Entwicklung der Kriegsschädenfrage in Deutschland, in Österreich und in den wichtigsten Staaten des Auslandes bis zum Weltkriege von 1914, der, als das Vorwort zu ihm am 30. Juli 1918 geschrieben wurde, noch tobte. Einer Einleitung, welche sich über die Grundbegriffe, die Begrenzung der Aufgabe, die Grundlagen des staatlichen Kriegsschädenersatzes und die völkerrechtlichen Grundfragen verbreitet, folgen als erste Abteilung: „Deutschland und Österreich" in den zwei Büchern: „Rechtslehre und Rechtsprechung" und „Gesetz und Verwaltungsübung" und als zweite Abteilung: „Die Regelung des Kriegsschädenersatzes in den wichtigsten Auslandstaaten bis zum Weltkriege" in den vier Büchern: „Frankreich", „Großbritannien und Vereinigte Staaten von Amerika", „Rußland" und „Italien". Den Schluß bildet: „Die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden seit Beginn des Weltkriegs" in den vier Paragraphen 96—99: „Richtlinien der Fortentwicklung", „Die Fortentwicklung der Rechtslehre", „Die Deutsche Rechtsprechung in Kriegsschädensachen während des Weltkriegs" und „Übersicht der Gesetze und Verwaltungsmaßnahmen über den Ersatz der Kriegsschäden seit Beginn des Weltkriegs". Der folgende Schlußband soll die durch den Weltkrieg veranlaßte Rechtslehre, Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verwaltungsübung in Ansehung der Behandlung zur Darstellung bringen, aber erst geraume Zeit nach Eintritt des Friedenszustandes seinen Abschluß finden.

Digitized by Google

So sehr sich durch die neueren Ereignisse der Nutzen des Werkes für die Anwendung des geltenden Kriegsschädenrechts verändert haben möchte, sein wissenschaftlicher Wert ist bestehen geblieben. Auf das, was insoweit und über die tief eindringende, freilich trotz aller Wichtigkeit des Gegenstandes für viele, ja es dürfte nicht zu stark ausgedrückt sein, für die meisten mit wenigen Ausnahmen, gar zu tief eindringende Arbeitsweise Heilfrons in der Besprechung des ersten Bandes gesagt worden ist, kann für den zweiten Band wieder verwiesen werden. Hierbei und bei den gemachten Mitteilungen über dessen Inhalt muß es aber bewenden. Denn auch er bleibt, abgesehen von dem „Schlusse", in der Hauptsache noch rein rechts- und sittengeschichtlich und liegt deshalb außerhalb des Rahmens des Verwaltungsarchivs. Anlangend aber den Schluß, so ist natürlich die darin gegebene Übersicht der Gesetze und Verwaltungsmaßnahmen über den Ersatz der Kriegsschäden seit Beginn des Weltkriegs sehr dankenswert. Im übrigen ist füglich der in der Schlußbetrachtung besonders betonte Grundsatz, daß nach dem Gesetze vom 3. Juli 1916 der Kriegsgeschädigte einen Rechtsanspruch gegen den Staat auf Ersatz habe und damit der Schuldgedanke ausgeschaltet sei, schon früher von Heilfron klargestellt worden und wird von ihm in dem dritten Bande selbstverständlich noch eingehender nachgewiesen werden; auch ist er wohl nicht zu bestreiten. Wenn dieser Grundgedanke nur als ein Leitsatz aufgestellt ist, der an und für sich dem Kriegsgeschädigten noch nicht die Geltendmachung seiner Ansprüche gewährleiste, daher nach jedem Kriege besondere gesetzliche Maßnahmen erforderlich seien (S. 444), und weiter ausgesprochen wird, eine einheitliche und allgemein gültige Ausgestaltung dieses Grundsatzes sei jedoch unmöglich; sie werde sich nach jedem Kriege und in jedem Lande in verschiedener Weise vollziehen, abhängig von Art und Umfang der Schäden, von dem Ausgange des Krieges und von der finanziellen Lage, in welcher sich der Staat beim Friedensschlusse befinden werde (S. 446), so ist solches ebenfalls durchaus zutreffend. Es gilt aber nun vor allem auch für Deutschland und eröffnet dafür hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung des Kriegsschädenrechts, insbesondere nach der Richtung hin, daß nicht nur unmittelbare Sachschäden, sondern auch noch Personenschäden, Erwerbsschäden oder Forderungsverluste ersetzt werden könnten, recht trübe Aussichten. Jedenfalls liegt alles dies in der Zukunft und muß vom Standpunkte des Verwaltungsarchivs, das erst dem geltenden Rechte zu dienen bestimmt ist, abgewartet werden.

Bemerkt sei jetzt nur noch, daß, wenn Heilfron (S. 442) davon spricht, der Kriegsgeschädigte müßte berechtigt sein, seinen Anspruch, wenn nicht vor den ordentlichen Gerichten, so doch vor den Verwaltungsgerichten dem Staate gegenüber zur Geltung zu bringen, hieraus sowie aus der Art, wie er sich (S. 452 ff.) zu der den ordentlichen Rechtsweg für unzulässig erklärenden Rechtsprechung des Reichsgerichts stellt und sich kurz hinsichtlich der bereits getroffenen und künftig zu treffenden Maßnahmen über den Ersatz der Kriegsschäden in Deutschland seit dem Beginne des Weltkriegs äußert, vielleicht zu entnehmen ist, daß er dazu neigt, das Verfahren nach dem Gesetze vom 3. Juli 1916 als ein Verwaltungsstreitverfahren, d. i. als eine der vielen Arten von Verwaltungsstreitverfahren, aufzufassen, wie ich es vertreten

Digitized by Google

habe (siehe Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrgang 21 S. 1014—1019 und Verwaltungsarchiv Bd. 25 S. 84—85; vgl. auch Juristische Wochenschrift Jahrg. 47 S. 8, 579—580, 646 und in dem laufenden Hefte des Verwaltungsarchivs. S. 243—244).

Am Ende der früheren Besprechung hatte ich bemerkt, der Fortsetzung des so vieles auch für die Verwaltungsbeamten und Verwaltungsrichter Wissenswerte bietenden Werkes bis zu der und demnächst weiter für die Gegenwart mit ihren unmittelbaren praktischen Anforderungen sei mit großer Erwartung entgegenzusehen. Dies kann, wenn schon die Hoffnungen in Ansehung der Bedeutung und Wichtigkeit des geltenden Rechtes sich so sehr verringert haben, für die das Werk fertigstellende Arbeit Heilfrons nur wiederholt werden.

Dr. Schultzenstein.

---

11. Dr. Albert Hellwig, Amtsrichter in Frankfurt a. O., Justizirrtümer. Minden (Westfalen) im Verlage von J. C. C. Bruns. 315 S. Preis geb. 8,50 *M*.

Das Vorwort zu dem erst kürzlich veröffentlichten neuen Werke von Hellwig trägt als Zeitangabe bereits den 4. August 1914, und in seinem Anfang ist gesagt, daß, als der Verfasser das Buch geschrieben habe, niemand ahnen konnte, welche schwere Zeit uns allen bevorstand. Ferner heißt es darin: „Wie es aber auch kommen mag, soviel ist gewiß, daß eines Tages auch wieder Probleme der Rechtspflege Interesse erwecken und Beachtung heischen. Möge dann auch das Buch seine Aufgabe erfüllen, — nämlich die, dazu beizutragen, daß die Rechtspflege, auf der unser gesamtes Staatsleben beruht, auf den höchsterreichten Grad von Vollkommenheit gebracht werde, — und der Tag nicht allzu fern sei, an dem es uns glücken wird, frevlen Übermut von uns abzuschütteln und statt zum Schwerte wieder zur Feder zu greifen." Seit jenem 4. August 1914 ist recht vieles, man darf beinahe sagen, alles anders gekommen, als damals gedacht worden ist und sich damals denken ließ. Dennoch muß an dem Ziele, das sich der Verfasser gesteckt hat, das jetzt freilich weit schwerer zu erreichen ist, als wenn, womit er seinerzeit rechnete, Deutschland einen ihm günstigen Frieden erlangt hätte, noch immer unverändert festgehalten werden. Sein Buch ist daher von hohem Werte geblieben.

Hellwig hat seine Ausführungen in die zwei Abschnitte: Allgemeine Grundlegung und Fälle aus der Praxis, zerlegt. Sie beschränken sich, obwohl er anerkennt, daß es Justizirrtümer bei jeder Art richterlicher Tätigkeit, insbesondere auch in der Zivilrechtspflege und im Verwaltungsstreitverfahren, gibt, dennoch zunächst auf diejenigen anläßlich von Strafverfahren. Insoweit aber umfassen sie solche sowohl zu Ungunsten des Angeklagten als auch zu dessen Gunsten, so daß ein Justizirrtum vorliegt, wenn ein Urteil dem Sachverhalt in der einen oder der anderen Beziehung nicht gerecht wird. Andererseits ist von einer Berücksichtigung des hierfür zu seltenen Falles einer Rechtsbeugung, d. i. des Falles Abstand genommen worden, wenn der Richter einen Angeklagten, dessen Unschuld ihm bekannt ist, trotzdem verurteilt, oder wenn er einen Angeklagten, von dessen Schuld er persönlich überzeugt ist, verurteilt, trotzdem das Ergebnis der Hauptverhandlung, wie

Digitized by Google

ihm bewußt ist, nicht ausreichte, um die Verurteilung zu rechtfertigen. Es sind mithin bloß sog. eigentliche Justizirrtümer behandelt. Auch hierbei werden noch gewisse Einschränkungen gemacht, so, wenn nur eine schwerere Strafe oder eine schwerere Straftat in Frage kommt.

Was hiernach schließlich den Gegenstand der Untersuchungen bildet, wird von ganz allgemeinen Gesichtspunkten aus unter tiefem Eindringen in alle Einzelheiten sowie mit schwer zu überbietender Sachkunde und so erörtert, wie solches bisher noch nicht geschehen ist. Der erste Abschnitt erfordert daher, ganz abgesehen von seiner besonderen Bedeutung für das Strafverfahren, bereits für Sitte (Kultur) und Rechtsprechung überhaupt große Beachtung und verdient schon deshalb, daß auf ihn auch im Verwaltungsarchive Verwaltungsbeamte und Verwaltungsrichter aufmerksam gemacht werden. Außerdem ist aber für sie aus ihm ebenfalls viel unmittelbar zu entnehmen, wennschon, wenigstens für jetzt in Deutschland, die ersteren nur in geringem Maße bei der Strafgerichtsbarkeit mitwirken (Amtsanwälte, Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, polizeiliche Strafverfügungen usw.) und die letzteren keine Strafgerichtsbarkeit auszuüben haben. Insbesondere im Verwaltungsstreitverfahren ist nicht ausgeschlossen, daß „ein Urteil dem Sachverhalte nicht gerecht wird", besonders etwa dabei, daß als eine Vorfrage für die Entscheidung das Vorhandensein oder das Nichtvorhandensein einer strafbaren Handlung festgestellt werden muß. Durch das Lesen des bis S. 113 reichenden ersten Abschnitts und das Anwenden der infolgedessen gewonnenen Belehrung würden deshalb auch in der Verwaltungsrechtsprechung Justizirrtümer vermieden werden können.

Weniger bietet der zweite Abschnitt für die Leser des Verwaltungsarchivs. In ihm sind sieben einzelne Strafrechtsfälle, die vorgekommen, auch schon anderweit besprochen worden sind, unter Berücksichtigung derartiger Besprechungen mit allen ihren zur Kenntnis des Verfassers gelangten Einzelheiten wiedergegeben und mit großem Scharfsinn und mit weit umfassendem Verständnisse nach der Richtung hin, ob und welche Justizirrtümer bei ihnen untergelaufen waren, beurteilt. Auch dieser Abschnitt steht hoch nicht bloß selbstverständlich über den vielen Büchern, die lediglich zum Zwecke der Unterhaltung u. dgl., sondern auch über den meisten sonstigen Schriften, die aus strafrechtlichen, strafgerichtlichen, sittengeschichtlichen oder anderen wissenschaftlichen Gründen sich mit einzelnen oder mehreren sog. Kriminalfällen beschäftigen. Aber er ist doch naturgemäß ziemlich ausschließlich auf den betreffenden Straffall zugeschnitten und geht somit über das eigentliche Strafrechtliche oder Strafgerichtliche nicht hinaus. Und ebenso naturgemäß bleibt bei einer Beurteilung, ohne in dem Straffalle mit dem gesamten gerichtlichen Verfahren befaßt gewesen zu sein oder wenigstens der mündlichen Verhandlung beigewohnt und in ihr selbst gesehen und gehört zu haben, meist ein Zweifel, ob denn wirklich ein Justizirrtum stattgefunden hat und, worauf es vor allem ankommt, ob und wie er hätte vermieden werden können, „wenn alle Organe der Strafrechtspflege über diejenigen Charaktereigenschaften und Kenntnisse verfügt hätten, welche von jedem Strafrichter verlangt werden müssen" (S. 187). Ist aber nicht jeder Zweifel ausgeschlossen, so liegt eine höhere Schickung vor, die wegen der Unvollkommenheit der gesamten mensch-

Digitized by Google

lichen Dinge von dem Beteiligten ungeachtet allen Mitgefühls für ihn wie ein Unglücksfall mit Ergebung getragen und von der Allgemeinheit als etwas, was niemals zu hindern, sondern unvermeidlich ist, hingenommen werden muß. Immerhin werden indessen auch der Strafgerichtspraxis Fernerstehende den zweiten Abschnitt mit Anteil und Nutzen lesen.

Dr. Schultzenstein.

12. Dr. Max Lion, Rechtsanwalt in Berlin, die Grundstücks-Umsatzsteuer in den Kreisen, Städten und Landgemeinden Preußens. Systematischer Kommentar unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts und mit Abdruck der Steuerordnungen zahlreicher Kreise, Städte und Gemeinden. Berlin 1919. Verlag von Franz Vahlen. XIV und 641 S. Preis 28, geb. 38 M.

Die Umsatzsteuer für den Besitzwechsel von Grundstücken hat, nachdem sie aufgehört hatte, nur ganz vereinzelt unter verschiedenen Namen (in Frankfurt a. M. „Währschaftsgeld", in Hildesheim „Lietkaufsgeld") aus älteren Zeiten fortzubestehen und zu einer allgemeinen Einrichtung für die preußischen Gemeinden und Kreise geworden ist, schnell im rechtlichen und wirtschaftlichen Leben eine große Bedeutung erlangt und eine solche, auch in den Kreisen, fortdauernd in beständig zunehmendem Maße behalten. Dennoch hat es bisher an einer besonderen Bearbeitung der Vorschriften für sie gefehlt. Auf sehr dankenswerte Weise hat jetzt Lion, der sich bereits 1912 für ein verwandtes Gebiet durch eine ausführliche Erläuterung des Reichszuwachssteuergesetzes vom 14. Februar 1911 verdient gemacht hat und neuestens wieder drei Schriften: „Vermögensübertragungen und Schenkungen an Kinder aus Steuergründen", „Welche Anträge sind erforderlich, um für die Kriegsabgabe die zulässigen Erleichterungen zu erlangen?" und „Auflösung und Umwandlung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. aus Steuergründen", die letztere Abhandlung aus seinem Kommentar entnommen, sowie in der Juristischen Wochenschrift Jahrg. 48 S. 149—154 die Abhandlung: „Das Einspruchsverfahren im preußischen Abgabenrechte" veröffentlicht hat, die vorhandene Lücke durch das oben bezeichnete umfangreiche Werk ausgefüllt. Von den zwei Teilen, in die dieses zerfällt, bringt der erste an die Mustersteuerordnungen von 1895 und 1906 angeschlossene Erläuterungen, die sich vielfach nach räumlichem Umfang und wissenschaftlichem Inhalte zu vollständigen, planvoll geordneten und von sachlichen und lehrmäßigen Gesichtspunkten aus zusammengefaßten, in sich wieder übersichtlich gegliederten, oft über den Bereich der Umsatzsteuer hinausreichenden Abhandlungen auswachsen. Es seien als solche nur beliebig herausgegriffen die Ausführungen über Erbschaft und Schenkung S. 80—99, über den gemeinen Wert S. 145—158 und über das Einspruchs- sowie das Verwaltungsstreitverfahren S. 189—224. Der zweite Teil (S. 237—635) enthält die zahlreichen, dem Verfasser bekannt gewordenen Umsatzsteuerordnungen der Gemeinden und Kreise nach der Reihenfolge der Namen, und zwar, soweit es sich nicht um bloße Wiederholungen aus den Mustersteuerordnungen handelt, in vollständiger Wiedergabe. Im anderen Falle sind sie nur ange-

Digitized by Google

führt. Wenn sie aber von grundsätzlicher Art sind oder bereits den Gegenstand von Entscheidungen gebildet haben, so sind sie schon in dem ersten Teile an den betreffenden Stellen berücksichtigt und ist hierauf in Anmerkungen verwiesen worden. Am Schlusse des ganzen Werkes befinden sich eine Hilfstafel zur Berechnung wiederkehrender Leistungen und ein ausführliches Sachregister.

Ob der Abdruck der vielen Steuerordnungen, denen im einzelnen selten mehr als nur eine rein örtliche, eng begrenzte Bedeutung zukommt, einen der dadurch herbeigeführten erheblichen Verteuerung des Buches entsprechenden Wert hat, ist zweifelhaft, zumal bei einer späteren Benutzung keine Gewähr dafür besteht, daß nicht inzwischen eine Änderung stattgefunden habe. Vielleicht entspricht der Abdruck den besonderen Wünschen der Gemeinden, die ihre Ordnungen dem Verfasser übersandt haben und nun auch in dem Buche mitgeteilt sehen möchten. Auch ist ihnen immerhin ein gewisser Wert für die Rechtsvergleichung zuzugestehen.

In der Hauptsache, also in den Erläuterungen zu den Mustersteuerordnungen, ist ein außerordentlich reiches und vollständiges Hilfsmittel für die Lehre und Anwendung des Umsatzsteuerrechts nicht bloß zusammengetragen, sondern auch verarbeitet und in klarer, leicht verständlicher Schreibweise dargestellt. Fast keine Frage, die für das Verfahren und für die Sache selbst von Wichtigkeit bereits geworden ist oder noch werden kann, ist unerörtert geblieben; mindestens ist sie angeregt oder angedeutet worden. Hierbei hat Lion das, was das gesamte Schrifttum aus dem Rechte der Umsatzsteuer und anderer Steuern, dem Stempelrechte sowie dem bürgerlichen Rechte geboten hat, mit einem erstaunlichen Sammelfleiße herangezogen. Außerdem aber, daß er diesen umfassenden Stoff mit großem Geschick und Verständnisse verwertet hat, ist von ihm auch viel Eigenes und Wertvolles hinzugetan worden. Wenn er hierbei einer besonderen, bedenklichen Ansicht Ausdruck gibt, mitunter sogar sich geirrt oder etwas übersehen hat, so darf das, wo so vieles aus anderen und teilweise recht verschiedengearteten Rechtsgebieten zu berücksichtigen war, selbst bei veröffentlichten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts über die Umsatzsteuer, die an sehr zerstreuten, zum Teil nicht leicht aufzufindenden Stellen mitgeteilt sind, noch nicht befremden. In dieser Beziehung mag wenigstens zweierlei herausgegriffen werden: 1. Bei dem Verfahren sind die Änderungen, die das Kriegsgesetz zur Vereinfachung der Verwaltung vom 13. Mai 1918 (GS. S. 53) zu dem Kommunalabgabengesetze vom 14. Juli 1893 und zu dem Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 gebracht hat, unbeachtet geblieben, obwohl das Vorwort des Buches als Zeitangabe erst den November 1918 hat; auch in einem Nachtrag oder sonst ist keine Berichtigung oder Ergänzung vorgenommen worden. 2. Das Verwaltungsstreitverfahren wird von der sogenannten Untersuchungsmaxime beherrscht. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Verwaltungsgerichte das Recht und die Pflicht haben, stets alles Tatsächliche unbeschränkt von Amtswegen zu prüfen und festzustellen. Vielmehr kann teils überhaupt teils für einzelne Arten von Verwaltungsstreitsachen durch das Verhalten der Parteien eine Einschränkung dieser Maxime herbeigeführt werden (siehe Deut-

Digitized by Google

sche Juristen-Zeitung 20. Jahrg., 1915, S. 545, 546). Dies wird besonders bei Steuersachen, darunter auch bei Umsatzsteuersachen, der Fall sein. Es wäre deshalb notwendig, jedenfalls höchst wünschenswert gewesen, wenn sich Lion auf S. 207, 208 mit dieser Frage näher beschäftigt, z. B. darüber geäußert hätte, ob nicht, wie die Höhe eines Anliegerbeitrags, die nicht bemängelt worden ist, für richtig erachtet werden darf (Deutsche Juristen-Zeitung a. a. O. S. 546) entsprechendes auch zu gelten hat, wenn nur aus einem bestimmten Grunde die Pflicht zur Zahlung der geforderten Umsatzsteuer in Abrede gestellt, gegen die Höhe aber gar nichts eingewendet worden ist. Vgl. dazu z. B. aus den Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts je den vorletzten Satz der Urteile vom 8. Februar 1912, vom 16. Januar 1913 und vom 5. März 1914 im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 33 S. 861, Jahrg. 35 S. 542 und Jahrg. 37 S. 167 und solche Wendungen wie: „da die Höhe des Beitrags nicht bestritten ist", „über die Höhe des Beitrags besteht kein Streit", „der vom Kläger der Höhe nach nicht weiter bestrittene Beitrag", „gegen die Höhe der Beitragspflicht sind keine Einwendungen geltend gemacht", „Einwendungen gegen einzelne Rechnungsposten hat die Klägerin nicht erhoben" oder ähnliche in vielen älteren und neueren Urteilen, z. B., um aus den letzteren wenigstens einige anzuführen, in denen vom 26. März 1914, IV. C. 157. 1913, vom 6. April 1914, IV. C. 201. 1913, vom 7. Mai 1914, IV. C. 202. 1913, vom 11. Februar 1915, IV. C. 172. 1914, vom 30. September 1915, IV. C. 12. 1915, vom 11. November 1915, IV. C. 141. 1914, vom 18. November 1915, IV. C. 113. 1910, vom 25. November 1915, IV. C. 46. 1915, vom 10. Juli 1916, IV. C. 6. 1916, vom 11. Januar 1917, IV. C. 61. 1916 und vom 4. Oktober 1917, IV. C. 38. 1917. Die hier beantwortete Frage hat mit dem Satze, daß Heranziehung, Einspruch und Einspruchbeschluß in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung die festen Grenzen bildet, innerhalb deren sich das Streitverfahren über einen Anliegerbeitrag zu bewegen hat (Entsch. des OVG. Bd. 67 S. 148 und noch wieder Urteil vom 6. März 1919, IV. C. 19. 1918), selbstverständlich nichts zu tun, ebensowenig mit der im § 79 des Landesverwaltungsgesetzes getroffenen Bestimmung, wonach beim Ausbleiben der betreffenden Partei oder in Ermangelung einer Erklärung derselben die von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen für zugestanden erachtet werden können. Ferner würde sich manches unbeschadet der Vollständigkeit wohl kürzer haben fassen lassen. Es stimmt sogar die Bemerkung auf S. 218 zu § 94 LVG. mit der auf S. 219 Abs. 4 zu § 95 daselbst vollständig überein.

Der Umsatzsteuer steht die Wertzuwachssteuer beim Grundbesitz als Kommunalsteuer in Preußen sehr nahe. Die letztere ersetzt die erstere zwar nicht, ergänzt sie aber in gewissem erheblichem Umfange. Es hätte sich daher aus dieser Beziehung zwischen beiden, die öfter durch Regulierung in der nämlichen Steuerordnung, gemeinschaftliche Heranziehung zu ihnen und gleichzeitige Anfechtung in demselben Verfahren zum Ausdrucke gelangt, mehr für die Umsatzsteuer herleiten lassen, als von Lion geschehen ist.

Das Sachregister erleichtert in seiner Ausführlichkeit das Auffinden auch der mitunter etwas zerstreuten Einzelerörterungen.

Neben der großen Anzahl von Behörden, Beamten und Körperschaften

Digitized by Google

der Kreise und Gemeinden, welche die Umsatzsteuer bereits eingeführt haben oder noch einführen wollen, neben den Notaren und Gerichtspersonen, welche Verträge über die Veräußerung von Grundstücken aufnehmen, und neben denen, die in der Genehmigungs-, Aufsichts- oder Beschwerdeinstanz und im Verwaltungsstreitverfahren über Umsatzsteuerangelegenheiten zu befinden haben, wird auch allen, die zur Umsatzsteuer herangezogen worden sind oder solche zu beraten und zu vertreten haben, das Buch von Lion von großem Nutzen sein, um ein unzulässiges Vorgehen zu vermeiden oder ein erfolgloses Anfechten zu unterlassen.

Die Grundstücksumsatzsteuer gehört zweifellos zu den vielen Steuern, die binnen kurzem eine noch weit größere Wichtigkeit, zugleich aber voraussichtlich eine eingreifende Umgestaltung, die Umsatzsteuer etwa durch Überweisung an das Reich und Teilung des Aufkommens in der Gestalt einer Beschränkung des Staates und der Kommunalverbände auf die bloße Erhebung von Zuschlägen, erfahren werden. Für Lions Arbeit besteht also die Gefahr, daß sie bald durch eine neue Rechtsordnung teilweise überholt werden wird.

Dr. Schultzenstein.

13. Dr. Herbert Schelcher, Regierungsamtmann in Dresden, Zur Lehre vom öffentlichen Eigentume. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Bd. 48 (1918) S. 345 bis 397.

In Bd. 27 S. 164—165 des Verwaltungsarchivs ist eine Abhandlung von Friedrichs über das Eigentum an öffentlichen Wegen besprochen und dabei gesagt worden, Otto Mayers Lehre vom öffentlichen (öffentlichrechtlichen) Eigentume sei auf fast vollständigen Widerspruch gestoßen, von Friedrichs sei nur Widerlegung für das Gebiet des Wegerechts und das Eigentum an Wegen, wo die Lehre besonders große Bedeutung habe, unternommen worden, wohl überzeugend und mit dem richtigen Ergebnisse, daß es sich bei dem Eigentum an einem öffentlichen Wege, dem Wegekörper, um bürgerliches Eigentum handele, das durch die Bestimmung zum öffentlichen Gebrauche soweit beschränkt sei, als diese Bestimmung es erfordere, und daß Otto Mayer aber so gut wie gar keine Zustimmung gefunden habe. Zu demselben Ergebnis, also zu einer Ablehnung der Lehre von Otto Mayer, und zwar zu einer „entschiedenen", war früher auch Schelcher in seiner umfangreichen Abhandlung über den „Öffentlichen Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht" (Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Bd. 31 S. 1—98) gelangt (daselbst S. 19—25 und 28—39). Obwohl er die seinerzeit vorgebrachten Einwände noch immer in der Hauptsache für zutreffend hält, nimmt er in seiner jetzigen Abhandlung an, daß die gesamte damalige Betrachtungsweise von einem für die Lösung der Zweifelsfrage unzureichenden Standpunkt ausgegangen sei, und er ist auf Grund seiner inzwischen erworbenen praktischen Erfahrung in mehrjähriger Verwaltungstätigkeit sowie mit Rücksicht auf die weitere Klärung durch das Schrifttum und insbesondere durch die Rechtsprechung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts von der Richtigkeit der Mayerschen Lehre, die durch die Darstellung in der zweiten Auflage von Otto Mayers

Digitized by Google

Deutschem Verwaltungsrechte dem Verständnisse noch weit näher gebracht worden sei, zu einem überzeugten Anhänger dieser Lehre geworden. Wie Friedrichs die neue Abhandlung von Schelcher noch nicht berücksichtigt hat, so hat auch Schelcher die von Friedrichs, der sich darin mit der früheren Schelchers viel beschäftigt hatte, noch nicht gekannt. Beide Arbeiten sind ziemlich zu derselben Zeit veröffentlicht worden.

Ohne weiteres ist anzuerkennen, daß die gegenwärtigen Ausführungen Schelchers, wie bereits äußerlich ihr Umfang zeigt, erheblich tiefer in die Sache eindringen und nun wohl kaum mehr etwas zugunsten von Otto Mayer Verwertbares übrig lassen möchten. Damit ist aber doch nicht schon alles erschöpft, was gegen Mayer und für dessen Gegner sowie nunmehr auch noch gegen Schelcher geltend gemacht werden kann. Es ist daher immerhin nicht das letzte Wort gesprochen. Über das schon Ausgeführte und sonst noch Auszuführende nach beiden Richtungen hin sich zu verbreiten, würde den Umfang einer bloßen Besprechung, für die bloß ein knapper Raum zur Verfügung steht, erheblich überschreiten und eine lange Abhandlung erfordern. Nur einiges Wenige sei gegenüber Schelcher eingewendet oder teilweise selbst lediglich angedeutet.

Mit Erwägungen von der z. B. auf S. 262 sich findenden Art: „Die Untersuchung setzt Unbefangenheit und Ausschließung jeder Voreingenommenheit voraus" ist wenig zu machen. Die Anhänger beider Ansichten nehmen selbstverständlich eine solche Unbefangenheit für sich in Anspruch. — Daß eine Brücke im Zuge eines öffentlichen Weges als solche kein Grundstück, also auch kein öffentlicher Weg im eigentlichen Sinne sei, Zweck der Brücke sei ja gerade den darunter liegenden Grund und Boden mit dem Wege nicht in Anspruch zu nehmen (S. 374 Anm. 1), ist bei der Ungewißheit dessen, was ein öffentlicher Weg im eigentlichen Sinne ist, vielleicht nicht ganz unzutreffend. Aber auf der Brücke kann sich ein öffentlicher Weg in jedem Sinne befinden, und für ihn wird der unter der Brücke liegende Grund und Boden mittelbar, nämlich durch Vermittlung der Brücke, in Anspruch genommen. Dies schwächt die Bedeutung der Äußerung für das Ziel, zu dem sie gemacht worden ist, wesentlich ab. — Wenn hauptsächlich Stellung zu der Rechtsprechung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts genommen wird, so ist zu betonen, daß das sächsische Verwaltungsrecht, namentlich hiervon das Recht der öffentlichen Wege, und die sächsische Rechtsprechung nicht das deutsche Verwaltungs- und das deutsche Wegerecht sind, so wenig wie das preußische Verwaltungsrecht über öffentliche Wege und die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts als deutsche zu gelten haben. Wird aber die Lehre vom öffentlichen Eigentume, wie es Schelcher fast ausschließlich, mindestens durchaus überwiegend (vgl. z. B. S. 361 Anm. 1: „Insbesondere ist hier die Rechtsprechung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts berücksichtigt" und S. 362 „Der Anschaulichkeit halber sei im folgenden statt von der öffentlichen Sache schlechthin vom öffentlichen Wege gesprochen"), für die öffentlichen Wege in Sachsen tut, solches ihm auch freilich an sich ziemlich nahe lag, und wie es auch Friedrichs für die öffentlichen Wege in Preußen getan hat, behandelt, so darf doch nicht allein mit einem einzelnen der überaus zahlreichen in Deutschland geltenden Wegerechte gerechnet werden, vor allem

Digitized by Google

nicht mit einem vielfach so eigenartig ausgestalteten besonderen (partikularrechtlichen), wie es das sächsische ist. Das reicht umsoweniger aus, als von solchen nicht deutschen, vielmehr nur in Teilen von Deutschland zur Anwendung gelangenden Wegerechten wohl schon das preußische oder dessen verschiedene Arten zu einer abweichenden Folge führen möchten. Hiergegen ist auch nicht einzuwenden, daß es in Deutschland immer bloß einzelne besondere Wegerechte, aber kein deutsches Wegerecht gebe. Denn ein solches gibt es gerade so, wie es ein deutsches Verwaltungsrecht überhaupt gibt. Aus den einzelnen besonderen Wegerechten ist trotz aller ihrer Verschiedenheiten und Abweichungen unter einander doch ein allgemeines herauszuentwickeln, welches als das deutsche Wegerecht anzusehen und zu behandeln ist. — Der Schluß, daß, sobald eine bisher im bürgerlichrechtlichen Eigentume stehende Grundfläche durch einen sog. „konstitutiven Akt" oder durch Widmung zum öffentlichen Wege oder zum Teile eines öffentlichen Weges wird, von selbst und unmittelbar sofort das bürgerlichrechtliche Eigentum aufhören und alle daran bestehenden bürgerlichrechtlichen Rechte, z. B. Hypotheken- und Grundschuldrechte, erlöschen müßten, ist nicht von der Hand zu weisen. Ein solcher Fortfall erscheint aber mit der geltenden Gesetzgebung über das Eigentumsrecht und mit unserem deutschen Grundbuchrechte nicht vereinbar (vgl. Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 16 S. 1523 ff). — Ebenso gibt es ein Fundrecht nur nach bürgerlichem Rechte und nicht bei einem davon verschiedenen öffentlichrechtlichen Eigentume. — Wie soll eine Fläche, welche, bevor sie durch Widmung zum öffentlichen Wege oder zum Teile eines solchen geworden ist, infolge der sog. Einziehung oder Verlegung von Wegen die Eigenschaft als bürgerlichrechtliches Eigentum, die sie dann haben muß und allein haben kann, erlangen, wenn sie diese Eigenschaft nicht fortdauernd behalten hätte? —

Vor allem aber ist und bleibt die ausschlaggebende Vor- und Hauptfrage die, ob es nicht eine ganze Reihe von Rechtseinrichtungen gibt, die in mehr oder weniger allen Rechtsgebieten unentbehrlich und anzutreffen sind, und die, weil ein einzelnes Rechtsgebiet nicht für sich selbständig, sondern nur Teil eines größeren Ganzen ist, überall denselben Begriff und dasselbe Wesen haben. Es würden dann also Begriff und Wesen einer Rechtseinrichtung, auch wenn sie infolge der geschichtlichen Entwicklung von Lehre und Anwendung für sie ausschließlich oder vorwiegend nur für ein einzelnes Rechtsgebiet aus- und durchgearbeitet worden sind, wie es oft besonders auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes geschehen ist, doch nicht für dieses eine Gebiet, sondern ganz allgemein, wo immer die Rechtseinrichtung sonst vorkommt, die gleichen sein. Bloß bei Einzelheiten und höchstens der Art nach könnten für das eine oder das andere Rechtsgebiet Eigenheiten zuzugeben sein. Dagegen blieben der Begriff und das Wesen durchweg die nämlichen. Hierher sind, um nur einiges zu nennen, zu rechnen z. B. die Rechtsbegriffe: Gesetz, Gewohnheitsrecht, Dinglichkeit und persönliches Recht (vgl. hierzu Juristische Wochenschrift Jahrg. 45 (1916) S. 241 und aus dem nächsten Hefte der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 48 Abt. Gerichtliche Entscheidungen die Ausführungen zu dem Urteile „Zwangsverwaltung und Anliegerbeitrag" über die Dinglichkeit unter der Nr. 2), Wohnsitz und

Digitized by Google

Wohnung, Willenserklärung, Gesamtschuld, Vertrag, Schadensersatz (Entschädigung) und vieles, vieles andere mehr, und es sind kürzlich vom bayerischen Landesversicherungsamt unter Bezugnahme auf eine Reihe von anderen Entscheidungen sogar die Geschäftsführung ohne Auftrag und die ungerechtfertigte Bereicherung als ebenso dem öffentlichen wie dem bürgerlichen Rechte angehörend erklärt worden (Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden Bd. 38 S. 172). Die weitere Frage ist dann die, ob nicht wie der Besitz auch das Eigentum hierher gehört, mithin nicht ein eigenes bürgerlichrechtliches, ein strafrechtliches, ein verwaltungsrechtliches usw. Eigentum, sondern überall lediglich nach Begriff und Wesen nur ein und dasselbe Eigentum anzunehmen ist. Das hätte zu gelten, sowohl wenn eine Gemeinde oder ein sonstiger Verband als auch wenn der Staat die Verfügung über den öffentlichen Weg hat.

Vielleicht nimmt nun noch einmal Friedrichs das Wort zur Sache, welche freilich mehr Bedeutung für die Wissenschaft als für die Handhabung des Rechtes hat, wegen seiner vorhin genannten Abhandlung und vom Standpunkte seiner ganz besonders hierfür einschlagenden Arbeit über den allgemeinen Teil des Rechtes in den Annalen des Deutschen Reichs 50. Jahrg. (1917) S. 385 ff. (siehe hierzu Verwaltungsarchiv Bd. 26 S. 251 ff).

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

C. Gesetzgebung.

I.

Das Verfahren vor dem Reichsfinanzhofe.

Vom Senatspräsidenten Dr. Schultzenstein.

1. Vor kurzem ist für zahlreiche und wichtige Sachen, die dem Gebiete des Verwaltungsrechts angehören, ein besonderes neues Verfahren eingeführt worden. Es verhalten sich hierüber 1. das Gesetz über die Errichtung eines Reichsfinanzhofs und über die Reichsaufsicht für Zölle und Steuern vom 26. Juli 1918 (RGBl. S. 959), zu welchem der Reichstag die Anregung gegeben hatte; 2. die Bekanntmachung des Bundesrats, betreffend den Sitz des Reichsfinanzhofs, vom 8. August 1918 (RGBl. S. 1062); 3. die Reichsfinanzhofordnung vom 19. September 1918 und die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 21. September 1918, betreffend den Erlaß einer Reichsfinanzhofordnung (RGBl. S. 1119); 4. die Begründung zur Reichsfinanzhofordnung (Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 226 vom 24. September 1918, 1. Beilage, auch mit dem Gesetze vom 26. Juli 1918 und der Reichsfinanzhofordnung abgedruckt in der im Reichsschatzamte herausgegebenen, in Kommission von Carl Heymanns Verlag, Berlin 1918, 53 Seiten, Preis 1,20 ℳ, erschienenen Schrift: Gesetz über die Errichtung eines Reichsfinanzhofs usw.) und 5. die Geschäftsordnung des Reichsfinanzhofs, die zurzeit noch nicht fertiggestellt und veröffentlicht ist.

Davon habe ich zwar bereits besprochen die Nr. 1 und 2 in der Juristischen Wochenschrift, 47. Jahrg., 1918, S. 578 ff., die Nr. 3 daselbst S. 643 ff. sowie die Nr. 4 ebenda, 48. Jahrg., 1919, S. 17 ff. Das Verwaltungsarchiv darf jedoch, wenn auch in ihm auf das hierdurch begründete sachliche (materielle) Recht, weil insoweit andere besondere Zeitschriften mehr oder wenigstens gleich berufen sind, nicht notwendig eingegangen zu werden braucht, jedenfalls nach der ihm eigenartigen Aufgabe an dem zugleich geschaffenen Verfahren (dem formellen Rechte) vor dem Reichsfinanzhofe nicht mit Stillschweigen vorübergehen. Über dieses Verfahren soll deshalb hier in möglichster Kürze berichtet werden.

Der Bericht, der sich also auf die Grundzüge sowie die hauptsächlichsten Einzelheiten beschränken und auch hierfür, wie von allen näheren Ausführungen, so auch vollständig von jeder Kritik fernhalten soll, deckt sich natürlich teilweise mit meinen früheren Besprechungen. Er deckt sich aber, abgesehen davon, daß auch diese Besprechungen sich noch nicht auf die Geschäftsordnung erstreckt haben, und daß seit ihnen in der Rechtsordnung und im Schrifttume mancherlei Neues zur Sache Verwertbares hinzugekommen ist und jetzt zu berücksichtigen war, was freilich wegen der erwähnten gebotenen Kürze wiederum ohne näheres Eingehen im einzelnen, namentlich ohne Anführungen aus dem Schrifttume, geschehen mußte, eben doch nur teilweise. Im übrigen bleiben nach Inhalt und Form sowie nach dem Zwecke, dem das Verwaltungsarchiv dienen soll, und dem Bedürfnisse seiner Leser, noch immer so viele und so erhebliche Verschiedenheiten, daß die anderweitige Besprechung berechtigt ist. Hierbei mußte, gleichfalls der Kürze halber, unterlassen werden, anzugeben, aus welcher der oben angeführten fünf Quellen geschöpft worden ist. Denn für die Zwecke des jetzigen Berichts sind diese Quellen durchaus gleichwertig.

2. Dasjenige, was über die Einrichtung des Reichsfinanzhofs, der seine Tätigkeit am 1. Oktober 1918 begonnen hat, seine Gliederung in nach Bedarf

Digitized by Google

zu bildende Senate, zurzeit in zwei Senate, die Besetzung der Senate und die Geschäftsverteilung, über die Ernennung, Disziplinarverhältnisse, Versetzung in den Ruhestand usw. der Reichsfinanzräte, über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen, über die Verhandlungssprache, die Schriftsätze, die Zustellung von Amts wegen, die Akteneinsicht, die Abstimmung und dergleichen mehr vorgeschrieben ist, entspricht in der Hauptsache dem, was bei den mit Entscheidungen streitiger Sachen in einziger oder letzter Instanz befaßten Behörden, namentlich bei dem Reichsgerichte, gilt. Diese Vorschriften lehnen sich hauptsächlich an die einschlagenden Bestimmungen des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes an, also an Bestimmungen, welche mehr oder weniger gleichmäßig auch bei den höchsten Verwaltungsgerichtshöfen im Deutschen Reiche Anwendung zu finden haben. Es genügt daher, aus ihnen das Folgende hervorzuheben. Für die eine Hälfte der Mitglieder des Reichsfinanzhofs ist ohne besondere Vorbildung die Vollendung des 35. Lebensjahrs ausreichend und nicht außerdem die bei der anderen Hälfte noch verlangte Befähigung zum Richteramt erforderlich. Bis zum 1. Oktober 1921 ist die Zuziehung von Hilfsrichtern, welche die gleiche Befähigung wie die Mitglieder des Reichsfinanzhofs haben müssen, zulässig. Wenn in einer Rechtsfrage ein Senat von einer früheren Entscheidung abweichen will, hat er die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung an die vereinigten Senate zu verweisen, solches jedoch nur, wenn und soweit die frühere Entscheidung, weil sie grundsätzliche Bedeutung hat, vom Reichsfinanzhof in seinen Entscheidungen veröffentlicht worden war, dann aber auch, wenn die frühere Entscheidung eine solche desselben Senats ist, und ferner noch mit der Besonderheit, daß, soweit die Entscheidung in der Sache eine vorgängige mündliche Verhandlung erfordert, diese nicht vor dem Senate, der die Sache an die vereinigten Senate verwiesen hat, sondern vor den letzteren erfolgt. Abweichend hiervon ist neuestens in der Verordnung über Änderung des Verfahrens in Militärversorgungssachen vom 1. Februar 1919 (RGBl. S. 149) Art. II §§ 6 und 12 und in den Bestimmungen über die Militärversorgungsgerichte usw. vom 18. Februar 1919 (RGBl. S. 217) §§ 35 und 106 für den gleichen Fall die Verweisung an einen Großen Senat vorgesehen worden, jedoch nur bei der Absicht des Abweichens von der Entscheidung eines anderen, nicht auch desselben Senats, ferner ebenfalls von einer Entscheidung des Großen Senats und von jeder Entscheidung über eine grundsätzliche Rechtsfrage, ohne Rücksicht darauf, ob sie schon veröffentlicht ist oder nicht. Auch mag auf die eigenartige Regelung, die für einen allerdings anderen, jedoch immerhin noch eine gewisse Ähnlichkeit besitzenden Fall im § 86 der Bestimmungen vom 18. Februar 1919 getroffen worden ist, hingewiesen werden. Ob eine Entscheidung bereits veröffentlicht worden ist oder nicht, spielt z. B. auch in der Verordnung vom 13. Januar 1919 (RGBl. S. 42) eine Rolle.

Eingaben, die eine ungebührliche Schreibweise enthalten, kann der Senat mit einer Ordnungsstrafe bis zu 100 ℳ ahnden.

Bei dem Reichsfinanzhofe besteht eine Geschäftsstelle, die den Gerichtsschreibereien bei den ordentlichen Gerichten entspricht.

3. Die Tätigkeit, welche der Reichsfinanzhof auszuüben hat, ist eine dreifache, nämlich als oberste Spruchbehörde, als Beschlußbehörde und als begutachtende Behörde. Im allgemeinen ist für die Ausgestaltung dieser Tätigkeit die Stellung des Steuerpflichtigen maßgebend gewesen, der nicht Herr des Streitstoffs ist, über ihn nicht durch prozessuale Rechtsgeschäfte, wie Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht, verfügen kann. Dies hat dahin geführt, das Verfahren vor dem Reichsfinanzhof als ein über die Abgabeverpflichtung des Steuerpflichtigen von Amts wegen zu betreibendes Verfahren auszugestalten, dabei aber Vorkehrungen zu treffen, die die Zuziehung des Steuergläubigers zum Verfahren gestatten, auch wenn von ihm kein Rechtsmittel eingelegt worden ist. Ferner ist der Reichsfinanzhof nicht mehr als unbedingt nötig gebunden und demgemäß vieles seiner Praxis überlassen worden. Das ist zum Beispiel geschehen hinsichtlich des Nachweises der durch einen Be-

Digitized by Google

teiligten erteilten Vollmacht im einzelnen Falle und der Prüfung des Umfanges der Vollmacht, bei der Frage der Partei- und Prozeßfähigkeit sowie für die Aussetzung des Verfahrens, hierfür auch dann, wenn zur Beurteilung des Falles der Ausgang eines Rechtsstreits über bürgerliche Rechtsverhältnisse, insbesondere über Familien- und erbrechtliche Verhältnisse, Bedeutung hat.

4. Von den drei Arten der Tätigkeit des Reichsfinanzhofs ist die an sich wichtigste und auch vom Standpunkte des Verwaltungsarchivs aus an erster Stelle zu berücksichtigende diejenige als Spruchbehörde.

Das Spruchverfahren, welches sich unter demselben Namen und in ähnlicher Weise jetzt auch in der vorhin angezogenen Verordnung über Änderung des Verfahrens in Militärversorgungssachen vom 1. Februar 1919 Art. II §§ 1 ff. findet, tritt zunächst für folgende Reichsabgaben: Wehrbeitrag, Besitzsteuer, Kriegsabgaben, Erbschaftssteuer, Umsatzsteuer, Reichsstempelabgaben, Wechselstempelabgabe, Abgaben vom Personen- und Güterverkehr, Kohlensteuer, ein. Auch für Landesabgaben kann auf Antrag eines Bundesstaats und mit Zustimmung des Bundesrats der Reichsfinanzhof durch Kaiserliche Verordnung zur obersten Spruchbehörde bestellt werden. Von dieser Ermächtigung des Gesetzes vom 26. Juli 1918 ist jedoch, so lange es noch einen Deutschen Kaiser gab, kein Gebrauch gemacht werden. Seitdem konnte es, so bald man der wohlbegründeten und weit verbreiteten Ansicht ist, daß die jetzige Regierung zwar alle Rechte der vollziehenden Gewalt, aber nicht die der gesetzgebenden Gewalt habe, vor Änderung des Gesetzes nicht mehr geschehen und ist es jedenfalls nicht geschehen. Gegenwärtig ist es nach dem Übergangsgesetze vom 4. März 1919 (RGBl. S. 285) mit der Zustimmung des Staatenausschusses statt des Bundesrats durch Verordnung des Reichspräsidenten wieder ermöglicht.

Der Reichsfinanzhof ist nach Erschöpfung des landesrechtlich geordneten Rechtsmittelzugs — vgl. für diesen z. B. die preußische Verordnung über die Rechtsmittel in Reichsstempel-, Wechselstempel-, Verkehrssteuer-, Erbschaftssteuer- und Kohlensteuersachen vom 20. Oktober 1918 (GS. S. 162) — mittels der Rechtsbeschwerde anzurufen, welche nur darauf gestützt werden kann, daß die angefochtene Entscheidung auf der Nichtanwendung oder auf der unrichtigen Anwendung des bestehenden Rechtes beruhe, oder daß das Verfahren an wesentlichen Mängeln leide, außer diesen den zivilprozessualen Revisionsgründen entsprechenden Gründen aber auch noch darauf, daß die Entscheidung auf einem Verstoße wider den klaren Inhalt der Akten beruhe, demgemäß hierfür der ganze Tatsachenstoff nachzuprüfen ist, und mit der weiteren Abweichung, daß die Rechtsbeschwerde ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig ist. Beschwerdeberechtigt ist in erster Linie der Steuerpflichtige, also derjenige, welchem eine der dem Reichsfinanzhof als oberster Spruchbehörde zugewiesenen Abgaben abgefordert worden ist. Daneben sind es die Reichsaufsichtsbehörden, d. i. die dem Reichskanzler unterstellten besonderen Behörden oder Beamten, welche die Reichsaufsicht auf dem Gebiete der Zölle und Reichssteuern wahrzunehmen haben. Wer sonst noch beschwerdeberechtigt sein kann, ist dem Landesrechte zu entnehmen.

Die Rechtsbeschwerde ist binnen einem Monate bei der Behörde oder dem Vorsitzenden der Stelle, die in erster Instanz entschieden hat, einzulegen und binnen einem weiteren Monate zu begründen, beides schriftlich oder zu Protokoll. Als gewahrt gelten die Fristen durch rechtzeitigen Eingang bei einer anderen Vorinstanz oder beim Reichsfinanzhof; als Vorinstanz gilt auch die Veranlagungsbehörde. Die Begründung muß — nicht bloß soll — besonders enthalten die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm und, insoweit die Beschwerde darauf gestützt wird, daß ein Verstoß wider den klaren Inhalt der Akten vorliegt oder das Verfahren an wesentlichen Mängeln leidet, die Bezeichnung der Tatsachen, die den Verstoß oder den Mangel ergeben. Einer Rechtsbeschwerde können sich die übrigen Beschwerdeberechtigten bis zum Ablaufe der Begründungsfrist anschließen. Die Anschlußbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach der Einlegung zu begründen.

Digitized by Google

Die Beteiligten dürfen sich vor dem Reichsfinanzhofe, wie sonst, so auch im Spruchverfahren durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Ein Anwaltzwang besteht in dem letzteren ebenfalls nicht. Geschäftsmäßige Vertreter, die nicht Rechtsanwälte sind, können von einer mündlichen Verhandlung zurückgewiesen werden. Hierbei ist für die amtlich zugelassenen sog. Prozeßagenten und für die im § 25 der Rechtsanwaltsordnung aufgeführten Rechtskundigen keine Ausnahme von der Zulässigkeit des Zurückweisens gemacht. Auf der anderen Seite ist ein Recht des Reichsfinanzhofs zur Anordnung des persönlichen Erscheinens eines Beteiligten nicht anerkannt.

Das Verfahren über Rechtsbeschwerden in dem durch das Gesetz vom 26. Juli 1918 und in anderen dem Spruchverfahren besonders überwiesenen Sachen, an welchen letzteren es aber bis auf weiteres fehlt, ist, wie bereits allgemein bemerkt worden ist, als ein über die Abgabeverpflichtung des Steuerpflichtigen von Amts wegen zu betreibendes Verfahren, also nicht als ein Parteistreitverfahren ausgestaltet. Die Rechtsbeschwerde ist, wenn sich bei ihrer Prüfung ergibt, daß sie nicht statthaft oder ihre Einlegung und Begründung nicht in der gesetzlichen Form und Frist erfolgt ist, als unzulässig zu verwerfen und, wenn die geltend gemachten Beschwerdegründe nicht zutreffen oder zwar zutreffen, aber sich die angefochtene Entscheidung nach dem Inhalte der Akten als richtig darstellt, als unbegründet zurückzuweisen, nicht aufrecht zu erhalten. Insoweit sie dagegen für begründet erachtet wird, ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben. Der Reichsfinanzhof kann dann weiter entweder selbst in der Sache entscheiden oder sie an eine der Vorinstanzen zurückverweisen, wobei die Vorinstanzen an die rechtliche Beurteilung gebunden sind, die der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegt. Ist die Rechtsbeschwerde weder als unzulässig verworfen noch als unbegründet zurückgewiesen und ist sie von einem anderen als dem Steuerpflichtigen eingelegt worden, so sind dem letzteren die Beschwerde und ihre Begründung abschriftlich von Amts wegen zur schriftlichen Erklärung binnen einer Frist zuzustellen. Ein erforderlicher Beweis ist auch von Amts wegen zu erheben. Für die Beweisaufnahme gelten die Vorschriften der Zivilprozeßordnung sinngemäß. Trotz dieser Sinngemäßheit werden die grundsätzlich notwendige Beeidigung der Zeugen, die Verpflichtung eines Beteiligten zur Vorlegung von Urkunden sowie der Parteieid und das bedingte Urteil nicht als geltend anzusehen sein, wohl aber wegen derselben das Recht der Beteiligten, jeder Beweisaufnahme beizuwohnen mit dem Anspruch auf rechtzeitige Benachrichtigung von ihr. Der Senat kann eine mündliche Verhandlung, von der angenommen worden ist, ihre Bedeutung werde von den Rechtsuchenden meist überschätzt, sie sei in Streitigkeiten, deren Sachverhalt nach den Akten völlig geklärt sei, meist überflüssig, und es genüge, sie in das Ermessen des Senats zu stellen, anordnen; der Beschwerdeführer hat also auf sie keinen Anspruch. Zu ihr werden die Beteiligten mit dem Bemerken geladen, daß im Falle ihres Ausbleibens nach Lage der Verhandlungen werde entschieden werden. Die mündliche Verhandlung ist öffentlich, die Öffentlichkeit aber auszuschließen, wenn der Senat es aus Gründen des öffentlichen Wohles oder der Sittlichkeit für angemessen erachtet, oder wenn der Steuerpflichtige es beantragt. Ein solcher bindender Antrag des Steuerpflichtigen ist wegen dessen Interesse an Wahrung des Steuergeheimnisses zugelassen worden. Soweit die Rechtsbeschwerde darauf gestützt wird, daß ein Verstoß wider den klaren Inhalt der Akten vorliegt oder das Verfahren an wesentlichen Mängeln leidet, unterliegen nur die geltend gemachten Gründe der Prüfung des Senats, so daß ohne Geltendmachung sogar die schlimmsten, für den Reichsfinanzhof sofort ersichtlichen, von den Beteiligten aber nicht erkennbaren Verfahrensmängel unberücksichtigt bleiben müssen. Im übrigen ist dagegen der Senat bei seiner Entscheidung nicht an die Begründung gebunden. Er entscheidet, soweit Verfahrensmängel behauptet werden, nach seiner freien, aus dem ganzen Inhalte der Verhandlungen und dem Ergebnis einer Beweisaufnahme geschöpften Überzeugung. Das Gleiche gilt, wenn er unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung in der Sache

Digitized by Google

selbst erkennen will, und muß bei der grundsätzlichen Herrschaft der freien Überzeugung (Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 20, 1915, S. 540 ff.) auch noch weiter und allgemein gelten. Die von einem Beteiligten vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen können, wenn sich die anderen Beteiligten nach Kenntnisnahme nicht im Termine zur mündlichen Verhandlung oder sonst darüber erklärt haben, für zugestanden erachtet werden.

Das Verfahren, in welchem von fünf Mitgliedern des Reichsfinanzhofs in Mindest- und zugleich Höchstzahl zu entscheiden ist, endet durch ein mit Gründen zu versehendes Urteil. Will der Reichsfinanzhof in der Sache selbst entscheiden, so kann er zunächst durch Zwischenurteil die angefochtene Entscheidung aufheben. Für eine eigene sachliche Entscheidung ist die Spruchreife nicht Erfordernis. Es kann also, wenn es noch einer Ergänzung in tatsächlicher Richtung bedarf, der Senat von Amts wegen zu dem Zwecke die erforderlichen Ermittlungen vornehmen und Beweise erheben, die Sache also spruchreif und sich vollständig zu einem Berufungsgerichte machen. Zu Ungunsten des Beschwerdeführers darf die angefochtene Entscheidung ohne Anschließung eines anderen Beschwerdeberechtigten nicht abgeändert werden. Eine Erledigung unzulässiger Rechtsbeschwerden durch die Vorinstanz oder durch den Vorsitzenden des erkennenden Senats mittels Bescheids ist nicht vorgesehen worden. Vielmehr muß stets, mithin auch wenn keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, über die Rechtsbeschwerde vom Senate durch Spruch (Urteil) entschieden werden.

In jeder Endentscheidung, d. i. in jeder Entscheidung, die das Verfahren auf die Rechtsbeschwerde abschließt, ist über die Kosten des Verfahrens zu befinden und der Wert des Streitgegenstandes festzustellen. Die Verkündung des Urteils, das im Namen des Reichs ergeht, geschieht durch Verlesen der Urteilsformel; auch kann der wesentliche Inhalt der Gründe mitgeteilt werden. Das Urteil ist den Beteiligten von Amts wegen zuzustellen.

Gegen die Versäumung der Beschwerdefrist und der Begründungsfrist ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und gegen Urteile ist der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zugelassen. Es gelten dafür sinngemäß die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung einer Notfrist bezw. in den §§ 578—583 und den §§ 586—589. Somit greift auch das Erfordernis der Verhinderung durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle für die Wiedereinsetzung Platz. Dasselbe gilt auch noch wieder nach der schon angezogenen Verordnung vom 1. Februar 1919 Art. I § 29 und nach den gleichfalls bereits angezogenen Bestimmungen vom 18. Februar 1919 § 41. Dagegen sind in jener Verordnung Art. I § 31 die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht mittels der wenig passenden allgemeinen sinngemäßen Verweisung auf die Zivilprozeßordnung, sondern in nachahmenswerter Weise selbständig geordnet worden.

Von allgemeiner Wichtigkeit ist die Frage nach der rechtlichen Eigenschaft des Spruchverfahrens, und zwar vom Standpunkte sowohl der Lehre als der Anwendung aus. Denn nur durch ein Zurückgreifen auf das, was für andere Verfahren Rechtens ist, lassen sich die vorhandenen großen Lücken mit genügender, mindestens mit größerer als der sonst vorhandenen Sicherheit und Leichtigkeit ausfüllen, z. B. für die Unabhängigkeit des Reichsfinanzhofs und seiner Mitglieder, die das Verfahren beherrschende sog. Maxime, die Aussetzung des Verfahrens und den Umfang des Rechtes und der Pflicht, über andere Rechtsverhältnisse, insbesondere über Familien- und erbrechtliche Verhältnisse, als Zwischenfragen zu befinden, die Fähigkeit der Beteiligten zu eigenem Auftreten und Handeln im Verfahren, die Anhängigkeit und die Rechtskraft, namentlich deren Wirkung usw. Die Frage hat nirgends eine ausdrückliche Beantwortung gefunden. Jedenfalls ist das Spruchverfahren kein gewöhnliches Verwaltungsverfahren, auch nicht ein sog. Beschlußverfahren in dem Sinne der §§ 115 ff. des Landesverwaltungsgesetzes. Ebensowenig ist es ein zivilprozessuales Verfahren. Da die sonstigen Verfahren

Digitized by Google

von selbst ausscheiden, so bleibt daher wie für das Verfahren zur Feststellung der Kriegsschäden nach dem Gesetze vom 3. Juli 1916 (Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 21, 1916, S. 1014—1019 und Verwaltungsarchiv Bd. 25 S. 84—85 sowie in diesem Hefte oben S. 229, 230) und jetzt wohl auch wieder für das Spruchverfahren nach der mehr erwähnten Verordnung vom 1. Februar 1919 nur die Eigenschaft nicht des Verwaltungsstreitverfahrens schlechthin, wohl aber einer von den vielen Arten des Verwaltungsstreitverfahrens übrig. Diese Eigenschaft, also die als eine neue Art von Verwaltungsstreitverfahren, ist anzunehmen, obwohl es an solchen Erkennungsmerkmalen für die allgemeine Zugehörigkeit zur Verwaltungsgerichtsbarkeit fehlt, wie es die Benennung der Behörde als ein Verwaltungsgericht, die Bezeichnung des Verfahrens als ein verwaltungsgerichtliches, die der gegeneinander streitenden Beteiligten als Parteien, der Rechtsbehelfe gegen die Veranlagung oder die Heranziehung als Klage, der Rechtsbeschwerde als Revision und anderes mehr sind. Eine Bestätigung für die Eigenschaft als eine Art von Verwaltungsstreitverfahren ist besonders in der Besetzung des Reichsfinanzhofs, der Ernennung und Stellung seiner Mitglieder, der Bildung von Senaten, dem Gebrauche der Ausdrücke: Rechtsmittel —nicht Rechtsbehelfe—, Rechtsmittelfrist und Rechtsmittelzug, den Voraussetzungen für die Rechtsbeschwerde, der Zulässigkeit der Zurückverweisung an eine der Vorinstanzen und deren Bindung an die der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegende rechtliche Beurteilung, der Einrichtung der vereinigten Senate sowie darin zu finden, daß die Entscheidung im Spruchverfahren als Urteil, Endentscheidung und Erkenntnis bezeichnet, von einem Erkennen in der Sache selbst und einem erneuten Erkennen gesprochen, ein Zwischenurteil angenommen und betont worden ist, wie für den Aufbau des Verfahrens vor dem Reichsfinanzhofe die Gesetzgebung der Bundesstaaten über die Verwaltungsrechtspflege Vorbilder biete. Hiernach ist ein Zurückgreifen auf das, was mehr oder weniger allen Arten des Verwaltungsstreitverfahrens gemeinsam und dem Begriff und dem Wesen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit als solcher entsprechend ist, ebenso zulässig als unter Umständen unentbehrlich, hingegen nicht ein solches auf die Eigenheiten der einen oder der anderen Art des Verwaltungsstreitverfahrens, falls hierfür nicht ausnahmsweise besondere Gründe maßgebend sind.

5. Das Beschlußverfahren, welches sich seinem Begriffe nach von dem Spruchverfahren durchaus unterscheidet und mit den Beschlüssen, wie sie auch innerhalb des Spruchverfahrens vorkommen können (Beweisanordnungen, prozeßleitende Verfügungen, Entscheidungen wegen des Ansatzes von Kosten usw.) nichts zu tun hat, ist wesentlich kürzer behandelt. In diesem Verfahren entscheidet der Reichsfinanzhof über die Sachen, die von den ihm übertragenen Reichsabgabensachen, darunter namentlich in gewissen Fällen auf dem Gebiete der Doppelbesteuerung, sowie durch andere Reichsgesetze, z. B. durch das Gesetz gegen die Steuerflucht, nicht dem Spruchverfahren, sondern dem Beschlußverfahren zugewiesen sind. Das Rechtsmittel darin, die Beschwerde, ist ähnlich der Rechtsbeschwerde im Spruchverfahren ausgestaltet, aber einfacher und freier; so gelten hierfür die die letztere beschränkenden Voraussetzungen nicht. Auch im übrigen ist das ganze Beschlußverfahren zwar grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem Spruchverfahren geordnet, jedoch ebenfalls vereinfacht. In ihm entscheiden insbesondere nicht fünf, sondern nur drei Mitglieder einschließlich des Vorsitzenden, hat sich der Reichsfinanzhof ohne Einschränkung auch mit neuen Tatsachen und Beweismitteln zu befassen, sind die sämtlichen Entscheidungen Beschlüsse und gibt es eine Rechtskraft auch in Doppelsteuersachen nicht in dem Sinne, daß das in der Entscheidung nach Grund und Höhe festgestellte Besteuerungsrecht eines der beteiligten Staaten unabänderlich feststehe. Für diese Doppelsteuersachen ist indessen bestimmt, daß, wenn nach entschiedener Sache von einem neuen Steuergläubiger eine Steuerforderung geltend gemacht wird, der Steuerpflichtige erneut Doppelsteuerbeschwerde erheben kann und die an dem früheren Verfahren Beteiligten zuzuziehen sind, mithin etwas hinsichtlich der

Digitized by Google

Rechtskraft des erlassenen ersten Beschlusses verordnet. Ist die Beschwerde zulässig, so hat der Reichsfinanzhof stets in der Sache selbst zu entscheiden, eine Zurückverweisung in eine Vorinstanz kommt also nicht in Frage. In seinen Ermittlungen und der Erhebung von Beweisen ist der Reichsfinanzhof ganz frei gestellt. Für die Beweisaufnahme gelten wiederum sinngemäß die Vorschriften der Zivilprozeßordnung.

Das Beschlußverfahren ist kein den in Preußen und Baden bereits bestehenden Beschlußverfahren gleiches, sondern ein selbständiges Beschlußverfahren. Entsprechend dem bei dem Spruchverfahren Ausgeführten darf aber zu seiner nicht minder unentbehrlichen Ergänzung auf die genannten beiden näher geregelten Beschlußverfahren wegen der Rechtsähnlichkeit zurückgegriffen werden.

6. Während in dem Spruchverfahren sich im wesentlichen nichts Neues, sondern nur Hergebrachtes findet, verhält es sich anders mit der begutachtenden Tätigkeit des Reichsfinanzhofs. Sie tritt ein, wenn der Reichskanzler und die obersten Landesfinanzbehörden, was sie ganz frei können, Fragen der Auslegung von Vorschriften der Reichsabgabengesetze dem Reichsfinanzhofe zur Begutachtung, d. i. nicht zu einer bindenden Auslegung (authentischen Interpretation), vorlegen. Hierbei sind unter den Reichsabgabengesetzen nur diejenigen zu verstehen, zu deren Handhabung der Reichsfinanzhof allgemein für zuständig erklärt worden ist. Außerdem ist die Beschränkung auf das Gebiet der Auslegung von Rechtsvorschriften zu beachten gegenüber anderen Verpflichtungen zur Abgabe von Gutachten wie z. B. nach dem § 75 des Gewerbegerichtsgesetzes und dem § 18 des Gesetzes, betreffend Kaufmannsgerichte. Die Ausgestaltung dieses Zweiges der Tätigkeit des Reichsfinanzhofs ist der künftigen Entwicklung überlassen worden; die formelle Behandlung der Gutachten soll durch die Geschäftsordnung geregelt werden, ist also bis jetzt nicht geschehen.

Die erstatteten Gutachten haben selbstverständlich weder Gesetzeskraft, noch sind sie Urteile des Reichsfinanzhofs, binden also diesen nicht bei späteren Streitsachen. Zu einem Abweichen von ihnen ist namentlich keine vorherige Verweisung an die vereinigten Senate notwendig, da sie auch nicht Entscheidungen im Sinne des § 20 des Gesetzes vom 26. Juli 1918 und des § 16 daselbst sind, sondern im § 15 als „Begutachtungen" von jenen „Entscheidungen" geschieden werden. Sie werden aber natürlich veröffentlicht werden und eine allgemeine Richtschnur für die Verwaltungsbehörden und die Gerichte bilden, von der auch der Reichsfinanzhof sehr schwer abgehen wird. Vielleicht liegt in ihrer Einrichtung ein Keim dazu, die vielen, so überaus schädlichen rechtlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen Behörden, vor allem den Gerichten und den Verwaltungsbehörden, zu verringern und die Rechtsanwendung einheitlicher, schleuniger und billiger zu machen.

Übrigens ist bereits vor dem Erlasse der Geschäftsordnung am 25. November 1918 dem Reichsschatzamt ein erstes Gutachten von der in Rede stehenden Art erstattet worden (siehe Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 40 S. 174, Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 24, 1919, S. 67 und Juristische Wochenschrift Jahrg. 48, 1919, S. 56).

7. Eine eingehende Regelung hat das Kostenwesen einschließlich der Kostentragung und der Kostenerstattung für das Spruch- und das Beschlußverfahren gefunden. Es ist ein Tarif aufgestellt worden, der den Beteiligten eine Nachprüfung der Kostenfrage im gewissen Umfang ermöglicht. Man hat sich hierbei an den Tarif des Gerichtskostengesetzes für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, der allgemein bekannt sei und sich bewährt habe, angeschlossen, zumal dieser bisher schon in den Reichsabgabensachen gegolten hat, wegen deren der ordentliche Rechtsweg beschritten werden konnte. Auch sonst herrscht wieder in der Hauptsache bereits anderweit Übliches. Die Einzelheiten haben keine über jene beiden Verfahren hinausgehende Bedeutung. Es sei deshalb hier nur das Folgende hervorgehoben. Für das Verfahren vor dem Reichsfinanzhofe werden Gebühren nach dem Werte des Streitgegenstandes erhoben. Die volle Gebühr bemißt sich nach § 8 des

Digitized by Google

deutschen Gerichtskostengesetzes, beträgt jedoch, um den Reichsfinanzhof vor der Überflutung mit ganz geringfügigen und unbedeutenden Sachen zu bewahren, mindestens 50 M. Ist der Streitgegenstand von besonderer Bedeutung für den Steuerpflichtigen oder von besonderem Umfange, so kann der Senat eine Erhöhung auf das Doppelte beschließen. Die Gebühr ermäßigt sich auf die Hälfte, wenn sich das Verfahren durch Zurücknahme der Rechtsbeschwerde, der Beschwerde oder des Antrags erledigt. Sie erhöht sich auf das Doppelte, wenn eine mündliche Verhandlung oder eine Beweisaufnahme stattgefunden hat. Neben der Gebühr werden Auslagen in ziemlich weitem Umfang erhoben, teilweise in Form einer Abfindung von 15 vom Hundert der Gebühr bis höchstens 50 M. Dem Steuerpflichtigen können stets die durch sein Verschulden entstandenen Kosten auferlegt werden. Die Kosten werden von der Geschäftsstelle des Reichsfinanzhofs angesetzt. Ebenso erfolgt die Festsetzung der zu erstattenden Kosten auf das schriftlich oder zu Protokoll beim Reichsfinanzhof anzubringende Gesuch durch die Geschäftsstelle. Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß er glaubhaft gemacht ist. Die Kosten der Zuziehung, d. i. nicht nur der Mitwirkung in einer etwaigen mündlichen Verhandlung, sondern auch der Tätigkeit bei Abfassung von Schriftsätzen, eines Rechtsanwalts oder sonstigen Bevollmächtigten sind aber nur zu erstatten, wenn der Senat die Zuziehung für notwendig, also nicht bloß sachgemäß oder dgl. erklärt hat. Über Erinnerungen gegen den Kostenansatz bezw. gegen die Kostenfestsetzung entscheidet der Senat. Aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen findet die Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der am Orte der Zwangsvollstreckung für die Beurteilung öffentlichrechtlicher Forderungen geltenden Vorschriften statt. Die für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschriften der Gebührenordnung für Rechtsanwälte und die Vorschriften der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige finden sinngemäß Anwendung, die ersteren besonders im Verhältnisse zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber. Soweit auf Ersuchen des Reichsfinanzhofs Landesbehörden tätig werden, gelten für die Gebühren der Rechtsanwälte, der Zeugen und der Sachverständigen die für die Landesbehörden maßgebenden Vorschriften.

Das Armenrecht ist unbekannt; ebenso eine Vorschußpflicht.

8. Die vom Reichsfinanzhof auszuarbeitende und nach § 19 des Gesetzes vom 26. Juli 1918 dem Bundesrate, an dessen Stelle jetzt der Staatenausschuß getreten ist (Übergangsgesetz vom 4. März 1919, RGBl. S. 285), zur Bestätigung vorzulegende Geschäftsordnung soll den Geschäftsgang des Reichsfinanzhofs regeln, und zwar in der Weise, daß bereits die Reichsfinanzhofordnung ihr gegenüber gleich einer Prozeßordnung alle die Vorschriften, welche die Interessen der Beteiligten berühren, enthält. Hiernach wird sie verschieden von den Geschäftsinstruktionen, Geschäftsanweisungen usw. sein, welche bestimmt sind, einzelne Klassen von Beamten über ihre Obliegenheiten näher zu unterrichten. Sie wird sich ferner noch von anderen Geschäftsordnungen unterscheiden, soweit diese zugleich dazu dienen sollen, in Ausführung und Ergänzung der in den Gesetzen und anderweit getroffenen allgemeinen Bestimmungen außer den Mitgliedern der Behörde oder Körperschaft andere Beteiligte über die Obliegenheiten der Behörde oder Körperschaft aufzuklären. Voraussichtlich wird sie daher für weitere Kreise wenig Wichtiges enthalten. Immerhin kann jedoch die Kenntnis eines Teiles ihres Inhalts für viele, die mit dem Reichsfinanzhofe zu tun haben, von Wert sein. Dies wird dann, falls erforderlich, später nach ihrer Veröffentlichung in Ergänzung des jetzigen Berichts mitgeteilt werden. — —

Wenn auch zurzeit der Reichsfinanzhof noch eine kleine Behörde ist, so wird er doch, wenn nicht noch ganz besondere Umstände dazwischen treten, ziemlich schnell zwar nicht zu einem Verwaltungsgerichtshof in dem Sinne eines grundsätzlich für das gesamte Reichsverwaltungsrecht für Deutschland zuständigen Gerichtshofs werden, aber zu einer großen mit sehr vielen und höchst wichtigen Angelegenheiten befaßten Behörde sich entwickeln.

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

VII.

Willensmängel bei der Beamtenanstellung.

Von Herrn Regierungsassessor Dr. Vogels in Gumbinnen.

I. Das Reichsgericht hat in einer neueren Entscheidung [1]) zu der Frage Stellung genommen, inwieweit die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über den Einfluß von Willensmängeln auf die Rechtsgültigkeit von Willenserklärungen auf den öffentlichrechtlichen Akt der Beamtenanstellung Anwendung finden. Das Reichsgericht hat die Frage ohne nähere Begründung dahin beantwortet, daß es bei dem Mangel selbständiger Vorschriften, die etwa in dieser Beziehung das öffentliche Recht enthielte, keinem Bedenken unterliegen könne, die auf dem insoweit rechtsähnlichen Gebiete des bürgerlichen Vertragsrechts bestehenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden, d. h. soweit dem nicht die besondere Natur der hier in Betracht kommenden öffentlichrechtlichen Verhältnisse entgegenstehe. In dem der Entscheidung des Gerichtshofs unterbreiteten Falle hatte eine Stadtgemeinde gegenüber der Gehaltsklage eines Lehrers eingewandt, sie sei durch Irrtum über die Eigenschaft des Klägers als eines wissenschaftlichen Lehrers und durch eine ihm zur Last fallende arglistige Täuschung zu seiner Anstellung als wissenschaftlicher Mittelschullehrer bestimmt worden. Es kamen somit die Willensmängel des Irrtums und der arglistigen Täuschung in Frage. Das Reichsgericht hat angenommen, daß beim Vorliegen dieser Willensmängel die hierauf bezüglichen Vorschriften

[1]) Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 83 S. 429.

Digitized by Google

des deutschen bürgerlichen Rechtes wenigstens insoweit entsprechend zur Anwendung gebracht werden müßten, als sie die sachlichen Erfordernisse des wesentlichen Irrtums und einer rechtlich bedeutsamen arglistigen Täuschung beträfen. Ob auch die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Art der Geltendmachung dieser Willensmängel und die Einhaltung gewisser Fristen anzuwenden seien, oder ob die Anstellung, die auf einem mangelhaften Staatsakte beruhe, nur durch einen neuen, die Zurücknahme der Anstellung oder ihre Nichtigkeit aussprechenden Staatsakt rückgängig zu machen sei, hat das Reichsgericht dahingestellt gelassen. Ebenso hat es die Frage auf sich beruhen lassen, ob die auf dem einen oder anderen Wege erfolgende Aufhebung des Dienstverhältnisses nur für die Zeit von der Erklärung ab — ex nunc — wirke, oder ob sie zurückwirke auf die seit der Anstellung verflossene Zeit — ex tunc —.

Bei der grundsätzlichen Bedeutung dieser Entscheidung, die als erste unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich mit der rechtlichen Bedeutung von Willensmängeln im öffentlichen Rechte (grundsätzlich) befaßt, verlohnt es sich, auf sie etwas näher einzugehen, zumal da die Ergebnisse, zu denen das Reichsgericht gelangt ist, von denen des bisherigen Schrifttums [2]) in wesentlichen Punkten abweichen. Von vornherein sei bemerkt, daß wir den Satz, den das Reichsgericht ausgesprochen hat, für zutreffend halten. Zweck der nachfolgenden Untersuchungen ist, den Ausführungen des Reichsgerichts eine breitere Grundlage zu geben und sich mit den in der Wissenschaft vertretenen entgegenstehenden Auffassungen auseinanderzusetzen. Auch bedürfen die in der Entscheidung offen gelassenen Fragen der Beantwortung. Außer den in der Entscheidung behandelten Willensmängeln des Irrtums und der arglistigen Täuschung sollen auch die sonstigen Willensmängel, außer den sachlichen Erfordernissen der Willensmängel auch die Art ihrer Geltendmachung, die Frage der Einhaltung von Fristen und die Rechtsfolgen der mangelhaften Erklärung erörtert werden [3]).

[3]) Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei schon hier bemerkt, daß unsere Ausführungen sich nur auf das Vorhandensein von Willensmängeln bei dem öffentlichrechtlichen Akte der Beamtenanstellung beziehen. Allgemeingültigkeit für alle Arten staatlicher Willenserklärungen beanspruchen sie nicht. Es gibt aber eine Anzahl von Verwaltungsakten, die der Beamtenstellung verwandt sind, und auf die unsere Darlegungen gleichfalls zutreffen.

[2]) Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, Tübingen 1908, und Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.

Digitized by Google

Zunächst bedarf es der Feststellung, was wir unter Willensmängeln im Sinne der nachfolgenden Untersuchungen verstehen. Wir schließen uns dabei den aus dem bürgerlichen Rechte bekannten Kategorien an, beschränken aber die Untersuchung auf die Willensmängel im engeren Sinne[4]), die Fälle der Fehlerhaftigkeit des Willensakts eines Geschäftsfähigen. Als Willensmängel kommen nach bürgerlichem Rechte in Betracht: Irrtum, arglistige Täuschung, Drohung, Schein und Scherz. Auf diese fünf Arten von Willensmängeln werden sich die folgenden Untersuchungen erstrecken.

II. Die Frage, die wir uns gestellt haben, betrifft die Zulässigkeit der analogen Übertragung von Sätzen des bürgerlichen Rechtes auf ein bestimmtes Gebiet des öffentlichen Rechtes. Ausgangspunkt für unsere Untersuchung muß daher wie bei der Anwendung der Analogie überhaupt die Prüfung der Frage sein, ob auf dem in Frage stehenden öffentlichrechtlichen Rechtsgebiete die gleichen oder ähnliche Voraussetzungen vorliegen wie im bürgerlichen Rechte. Zur Prüfung steht also, da es sich um die Anwendbarkeit der Rechtssätze des bürgerlichen Rechtes über Rechtsgeschäfte auf die Beamtenanstellung handelt, die Frage, ob die letztere ein dem bürgerlichrechtlichen Rechtsgeschäfte verwandtes Gebilde ist. Diese Frage bejahen wir. Rechtsgeschäft im Sinne des bürgerlichen Rechtes ist eine Rechtshandlung, deren rechtlicher Erfolg dadurch und deshalb eintritt, weil er gewollt ist[5]). Der wesentliche Bestandteil des Rechtsgeschäfts ist die Willenserklärung, die Erklärung eines Handlungsfähigen, daß er einen bestimmten rechtlichen Erfolg wolle. Das objektive Recht legt dieser Erklärung die Wirkung des Rechtserfolges bei. Diese Erscheinung ist nichts dem Privatrechtsverkehr allein Eigentümliches, sondern findet sich auch häufig im öffentlichen Rechte, insbesondere auch bei der Beamtenanstellung. Das Wesentliche des Rechtsvorganges ist auch hier die Willenserklärung, die auf Hervorbringung eines bestimmten rechtlichen Erfolges gerichtete Erklärung. Der Vorgang ist dem Rechtsgeschäfte des Privatrechts nicht nur ähnlich, sondern seinem Wesen nach dasselbe, nur liegen seine Folgen nicht auf dem Gebiete des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechtes. Spricht nun das bürgerliche Recht einer Willenserklärung den rechtlichen

[4]) v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechtes Bd. II 1 S. 550.

[5]) Vgl. Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. 1 S. 126.

Digitized by Google

Erfolg ab, wenn die Willenserklärung mit dem wirklichen Willen nicht übereinstimmt, so besteht kein Bedenken, diesen Grundsatz auch auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen des öffentlichen Rechtes anzuwenden, sofern kein ausdrücklicher Rechtssatz des öffentlichen Rechtes entgegensteht. Das bürgerliche Recht könnte der Willenserklärung bei Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung an sich einen Erfolg geben, um den Dritten, der aus der Erklärung Rechte gewonnen zu haben glaubt, zu schützen. Es versagt ihr aber den Erfolg, weil es den Willen als ein wesentliches Erfordernis des Rechtsvorganges ansieht. Das Gesetz will, daß die Erklärung einen Rechtserfolg hat, weil er gewollt ist. Wille und Erklärung sind also die beiden Voraussetzungen der rechtsgeschäftlich wirksamen Willenserklärung. Fehlt der Wille vollständig oder deckt er sich nicht mit der Erklärung, so fehlt es an einer Voraussetzung des Rechtserfolges, und der Gesetzgeber versagt der Erklärung regelmäßig [6]) den Erfolg. Dieser Grundsatz kann unbedenklich auf das öffentliche Recht übertragen werden. Auch das Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes bringt den Rechtserfolg nur dadurch und deshalb hervor, weil er gewollt ist. Auch hier fehlt es also an einer Voraussetzung, an die das Gesetz den Rechtserfolg geknüpft hat, wenn die Erklärung nicht den Willen des Erklärenden zum Ausdrucke bringt. Ist der rechtsgeschäftliche Wille fehlerhaft, so ist auch das Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes fehlerhaft und nicht imstande, die gleiche rechtliche Wirkung hervorzubringen wie ein Rechtsgeschäft, bei dem der volle rechtsgeschäftliche Wille vorhanden ist.

Das so gewonnene Ergebnis bedarf aber nach zwei Richtungen hin der näheren Umgrenzung. Einmal besagt unser Satz nur etwas für den Fall, daß der in der Erklärung zum Ausdrucke gebrachte Wille völlig fehlt. Er gilt dagegen nicht für die Fälle, in denen zwar ein der Erklärung entsprechender rechtsgeschäftlicher Wille vorhanden ist, aber in unzulässiger Weise hervorgebracht ist. Letzteres ist der Fall bei der arglistigen Täuschung und der Drohung. Inwieweit diese beiden Arten von Willensmängeln die Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen des öffentlichen Rechtes zur Folge haben, bedarf gesonderter Untersuchung. Sodann versteht sich unser Satz, wie bereits eingangs bemerkt, nur vorbehaltlich etwa entgegenstehender Sondersätze des öffentlichen Rechtes oder solcher

[6]) Abgesehen von dem Falle des geheimen Vorbehalts.

Digitized by Google

Sätze, die dem öffentlichen und privaten Rechte gemeinsam sind. Endlich stellt unser Satz nur die Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts, bei dem Wille und Erklärung nicht übereinstimmen, fest, sagt dagegen nichts darüber, wie diese Fehlerhaftigkeit ausgestaltet ist. Ob das öffentliche Rechtsgeschäft überall da, wo das bürgerliche Recht Nichtigkeit festsetzt, nichtig und da, wo das bürgerliche Recht Anfechtbarkeit festsetzt, anfechtbar ist, bedarf gleichfalls besonderer Untersuchung.

III. Bevor wir an die Prüfung der rechtlichen Bedeutung der einzelnen Arten von Willensmängeln bei der Beamtenanstellung gehen, müssen wir noch kurz zu der Frage Stellung nehmen, ob die Anstellung ein einseitiger Staatsakt oder ein Vertrag zwischen der Verwaltung und dem anzustellenden Beamten ist. Wir kennzeichneten vorhin die Beamtenanstellung als ein Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes. Das genügte, um die Erheblichkeit des Vorhandenseins eines rechtsgeschäftlichen Willens für die Hervorbringung der Folgen des Rechtsgeschäfts festzustellen. Ob diese Folgen lediglich auf der Willenserklärung der anstellenden Behörde beruhen, oder ob sie durch die Übereinstimmung zweier Willenserklärungen hervorgerufen werden, konnte dabei zunächst dahingestellt bleiben. Nunmehr bedarf die Frage der Entscheidung: Sind die bei der Beamtenanstellung zu unterscheidenden Erklärungen, die der anstellenden Behörde und die des anzustellenden Beamten, für den Rechtserfolg einander gleichwertig, hat die Erklärung des Beamten dieselbe rechterzeugende Kraft wie die der anstellenden Behörde, fügen sich die beiden Erklärungen zu der Rechtsform des Vertrags zusammen, so ist die rechtliche Bedeutung eines Willensmangels des Beamten eine wesentlich andere, als wenn die Erklärung der anstellenden Behörde allein das rechtlich Bedeutsame ist und die Erklärung des Beamten nur eine „Voraussetzung" für den einseitigen Anstellungsakt der Behörde bildet.

Wir halten den Anstellungsvorgang für einen Vertrag. Wir gehen dabei von dem allgemein anerkannten Grundsatz aus, daß die Begründung eines Beamtenverhältnisses nicht mehr, wie nach der naturrechtlichen Anschauung Gönners, eine Staatsverbindlichkeit der Untertanen ist, sondern grundsätzlich nur mit Einwilligung des Anzustellenden vorgenommen werden kann. Der Streit kann sich nur darauf beziehen, welches Gewicht dieser Einwilligungserklärung beizulegen ist. Die Lehre, die das Beamtenverhältnis

Digitized by Google

durch einseitigen Staatsakt der anstellenden Behörde entstehen läßt, will dem Erfordernisse der Einwilligung nur die Bedeutung einräumen, daß der Beamte einen Anspruch auf Wiederaufhebung seiner Beamteneigenschaft habe, wenn er die Begründung des Beamtenverhältnisses nicht gewollt hat [7]). Weshalb die rechtliche Kraft des Willensakts des Anzustellenden in dieser Weise degradiert wird, ist nicht einzusehen. Der wohl durchweg bei den Vertretern dieser Lehre maßgebend gewesene Gesichtspunkt, daß das öffentliche Interesse die vorläufige Weiterverwaltung des einmal übertragenen Amtes erheische, kann es nicht rechtfertigen, daß auf diesem Umweg eine — wenn auch nur vorläufige — Zwangsdienstpflicht für den gegen seinen Willen mit einem Amte Betrauten eingeführt wird. Eine derartige Zwangsdienstpflicht bedürfte im Rechtsstaat einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage wie Zwangsdienstpflichten überhaupt. Aus dem vom Gesetz anerkannten Grundsatze, daß der Beamte, wenn er einmal sein Amt rechtsgültig übertragen erhalten hat, nicht eigenmächtig sich davon entfernen darf, läßt sich für die Neubegründung eines Beamtenverhältnisses eine Amtsverwaltungspflicht gegen den Willen des Beamten nicht analog herleiten. Das öffentliche Interesse, geeignete Persönlichkeiten zur Verwaltung der Staatsämter zu haben, kann auch sonst in vielen Fällen nicht befriedigt werden, und es kann keine so weitgehende Bedeutung haben, daß es eine Ausnahme von dem Grundsatze schafft, wonach Verpflichtungen, die das Gesetz nicht auferlegt, nur durch freiwillige Verpflichtungserklärung des Betroffenen begründet werden können. Die Willenserklärungen des Beamten mögen während des Bestehens des Beamtenverhältnisses den Erklärungen seiner vorgesetzten Behörde „subordiniert" sein, bei der Begründung des Verhältnisses sind die beiderseitigen Erklärungen einander gleichgeordnet, die Erklärung des Beamten ist der Erklärung der Anstellungsbehörde ebenbürtig, und diese Ebenbürtigkeit bedingt die Annahme der Rechtsform des Vertrags. Denn der Vertrag ist die Einigung mehrerer Personen zur Hervorbringung eines bestimmten Rechtserfolges auf Grund der geeinten beiderseitigen Willenserklärungen [8]).

---

[7]) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 266.

[8]) Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten Anm. 1 vor § 145.

Digitized by Google

Willensmängeln des Beamten schreiben wir hiernach die gleiche rechtliche Bedeutung für die Wirksamkeit der Anstellung zu wie Willensmängeln der anstellenden Behörde.

IV. Die irrtümliche Anstellung. In den Fällen des wesentlichen Geschäftsirrtums fehlt es an einem mit der Erklärung übereinstimmenden Willensentschlusse des Erklärenden. Dies gilt sowohl dann, wenn der Erklärende sich über seinen wirklichen Willen geirrt hat, wie auch dann, wenn er sich über seine Erklärung im Irrtume befunden hat, wenn er „eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte". Ein Rechtssatz des öffentlichen Rechtes, der es hinderte, eine solche Willenserklärung als fehlerhaft und nicht voll rechtswirksam zu bezeichnen, besteht nicht. Ein öffentliches Interesse, das für uneingeschränkte Aufrechterhaltung derartiger Willensäußerungen spräche, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteile, die Natur des Vorganges spricht dafür, der irrtümlichen Erklärung die Rechtswirksamkeit abzusprechen. Der Gesetzgeber verlangt zur Wirksamkeit der Anstellung eine darauf gerichtete Handlung der anstellenden Behörde und des Beamten, nicht den rein mechanischen Akt, der sich in der Außenwelt kundgibt. Nicht der leere Schall der Erklärung kann hinreichend sein für den vollen vom Gesetzgeber behandelten Rechtserfolg, sondern die Erklärung muß ihre Wurzel in einem Willensentschlusse haben, der auf dasselbe Ziel hinausgeht, wie die Erklärung nach ihrem objektiven Inhalte. Fehlt es daran, so ist die Erklärung mangelhaft, rechtlich nicht vollwertig. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Erklärung ihren Empfänger in öffentlichrechtliche Dienstbeziehungen setzen soll (Beamtenanstellung), oder ob sie nur auf die Schaffung privatrechtlicher Beziehungen gerichtet ist. Auch für die Begründung öffentlichrechtlicher Dienstbeziehungen kann es nicht gleichgültig sein, ob diese Beziehungen gerade in der Person dessen begründet werden, den die anstellende Behörde in solche hat setzen wollen; es kann auch nicht gleichgültig sein, ob die anzustellende Person diejenigen Eigenschaften hat, die die anstellende Behörde bei ihr nach der allgemeinen Verkehrsanschauung voraussetzen durfte. Irrt die anstellende Behörde in der Person, ihren Eigenschaften oder anderen wesentlichen Punkten des Anstellungsvertrags, so ist die Anstellung als fehlerhaft zu bezeichnen.

Die bisherigen Erörterungen über den Geschäftsirrtum bei

Digitized by Google

staatsrechtlichen Rechtsgeschäften lassen diesen grundsätzlichen Gesichtspunkt vielfach außer Acht.

Jellinek behandelt von den Fällen des zivilrechtlichen Geschäftsirrtums nur den, daß das Staatsorgan sich verspricht oder verschreibt [9]), also den Fall des Irrtums in der Erklärungshandlung. Er räumt dem Staatsorgane, das sich verspricht oder verschreibt, die Befugnis ein, sich auf der Stelle (uno actu) zu verbessern. Im übrigen scheint Jellinek den irrtümlichen Staatsakt, sofern nur das Subjekt, das Objekt und die Form dem Gesetz entsprechen [10]), für wirksam zu halten.

Kormann [11]) will den Geschäftsirrtum nur dann berücksichtigen, wenn der Erklärende über obligatorische Voraussetzungen des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts im Irrtume gewesen ist. Die Beamtenanstellung wäre also wegen wesentlichen Geschäftsirrtums unwirksam, wenn etwa vorgeschrieben wäre, daß der Anzustellende keine gerichtlichen Strafen erlitten haben dürfe und dem zuwider eine Anstellung in Unkenntnis einer erlittenen Vorbestrafung erfolgt wäre. Liegen keine obligatorischen Versagungsgründe vor, so hält Kormann das Rechtsgeschäft für voll wirksam, weil kein Grund einzusehen sei, weshalb der Betroffene unter solchem Mangel behördlicher Aufmerksamkeit leiden solle. Deshalb hält er die Verleihung eines höheren Dienstpostens nicht für anfechtbar, wenn die verleihende Behörde sich in der Person geirrt hat [12]). Diese Lehre bringt einerseits zu viel, andererseits zu wenig. Zuviel, insofern sie die Lehre von der Unwirksamkeit öffentlichrechtlicher Rechtsgeschäfte wegen Gesetzwidrigkeit in die Irrtumslehre hineinträgt. Denn der Mangel obligatorischer Hinderungsgründe der Beamtenanstellung bedingt die Unwirksamkeit wegen Gesetzwidrigkeit; ob daneben noch ein Irrtum der anstellenden Behörde über das Vorliegen des Hinderungsgrundes obwaltet, ist unerheblich, da der Mangel der Gesetzmäßigkeit des Aktes schon aus eigener Kraft wirkt. Zu wenig, insofern sie den eigentlichen Geschäftsirrtum, den Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung und den Irrtum in der Erklärungshandlung überhaupt nicht berücksichtigt. Diesem die rechtliche Bedeutung zu versagen, weil die Behörde die fakultativen

[9]) Jellinek a. a. O. S. 116.
[10]) Daselbst S. 105.
[11]) A. a. O. S. 377 ff.
[12]) S. 378.

Digitized by Google

Hinderungsgründe des Rechtsgeschäfts hätte kennen müssen, geht nicht an. Ein Verschulden der Behörde, ein Mangel behördlicher Aufmerksamkeit braucht in den Irrtumsfällen nicht immer vorzuliegen. Zudem hat das Privatrecht bei der Ausgestaltung der Rechtsfolgen des Irrtums den Gesichtspunkt des Verschuldens ausgeräumt und die irrige Willenserklärung für fehlerhaft erklärt ohne Rücksicht darauf, ob der Irrtum verschuldet ist oder unverschuldet. Kormann berücksichtigt nicht genügend, daß im Privatrechte der Mangel des Willens den Ausschlag gibt, und prüft nicht, ob dieser Grundsatz nicht auch auf öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte bei ihrer Gleichartigkeit mit denen des Privatrechts übertragen werden muß. Wir halten diese Übertragung für geboten und den Irrtum in gleichem Umfange für erheblich wie im Privatrechte.

Erheblich ist demnach nur der verkehrswesentliche Irrtum, d. h. es muß anzunehmen sein, daß der irrig Handelnde seine Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles" nicht abgegeben haben würde. Die Begriffsbestimmung des Geschäftsirrtums ist im übrigen die gleiche wie im Privatrechte. Der Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung umfaßt alle wesentlichen Bestandteile des Geschäftswillens. Dazu gehört vor allem der Wille, mit einer bestimmten Person als anzustellendem Beamten zu verhandeln. Der Identitätsirrtum, der error in persona, ist daher beachtlich. Ein solcher Irrtum liegt nicht schon dann vor, wenn die Anstellungsurkunde irgend einem Dritten in der Annahme ausgehändigt wird, er sei der in der Urkunde als Anzustellender Bezeichnete. Denn hier ergibt schon der objektive Inhalt des Vorganges, daß die anstellende Behörde im Irrtum über die Person des Erklärungsempfängers war. Die Erklärung, die nicht durch den Vorgang der Aushändigung erschöpft wird, sondern auch den Inhalt der überreichten Urkunde mitumfaßt, erscheint in sich widerspruchsvoll und vermag aus diesem Grunde ein Rechtsverhältnis nicht zur Entstehung zu bringen. Wahrer Irrtum über die Person des Erklärungsempfängers läge dagegen vor, wenn der Empfänger der Urkunde zufällig den gleichen Namen trüge wie der anzustellende Beamte. Denn hier würde die Erklärungshandlung in ihrer Gesamtheit von dem wahren Willen des Erklärenden abweichen. Wesentlich ist ferner ein Irrtum über die Art der zu leistenden Dienste, über das zu verleihende Amt. Spricht die anstellende Behörde z. B. die Annahme zu einem Beamtenverhält-

Digitized by Google

nis aus, während sie nur ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründen wollte, so ist die Anstellung fehlerhaft[12a]). Desgleichen, wenn nach ihrer Erklärung ein anderes, z. B. ein höheres Amt übertragen ist, als sie gewollt hat. Wesentlich ist auch die dem Beamten zu leistende Vergütung. Irrt die Behörde oder der Beamte über die Höhe der Vergütung, so ist die Anstellung mit wesentlichem Geschäftsirrtume behaftet. Will die Behörde z. B. dem Beamten ein Gehalt von nur 2000 ℳ bewilligen, setzt aber ein solches von 3000 ℳ fest, so liegt wesentlicher Geschäftsirrtum vor. Auch der Irrtum über die Dauer des Beamtenverhältnisses muß im Zweifel als verkehrswesentlich gelten. Ebenso wie im Privatrechte muß ferner als Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung angesehen werden der Irrtum über Eigenschaften des Anzustellenden, die im Verkehr als wesentlich gelten. Die anstellende Behörde setzt bei der Anstellung gewisse Eigenschaften des Anzustellenden normalerweise voraus. Auch wenn diese Voraussetzung nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, geht die Anstellungserklärung doch ihrer normalen Bedeutung gemäß dahin, daß die Behörde eine Person anstellen wird, die diese Eigenschaft besitzt. Fehlen sie, so hat sich die Behörde über den Inhalt ihrer Willenserklärung im Irrtume befunden. Eine Berücksichtigung auch dieses Irrtums erscheint geboten. Kormann leugnet dies. Wohin aber seine Ansicht führt, zeigt etwa folgendes Beispiel: Für die Anstellung von Polizeibeamten ist Unbestraftheit als Voraussetzung gesetzlich nicht vorgeschrieben. Ob ein Bestrafter noch als Polizeibeamter anzustellen ist, hängt lediglich von dem Ermessen der zuständigen Anstellungsbehörde ab. Infolge eines Versehens bescheinigt nun einmal die Strafregisterbehörde die Straflosigkeit eines Mannes, der in zahlreichen Fällen wegen Gewalttätigkeiten oder dergl. bestraft ist. Im Vertrauen auf diese Auskunft stellt die Behörde diesen Mann als Polizeibeamten an. Nach Kormann wäre die Anstellung, sofern nicht — was nicht immer der Fall zu sein braucht — Amtserschleichung vorliegt, unanfechtbar. Daß solchen Ergebnissen seine Irrtumslehre nicht standhalten kann, liegt auf der Hand.

[12a]) Bei bloßem Irrtum im Motive liegt keine Fehlerhaftigkeit vor, z. B. wenn die Gemeindebehörde jemanden nur deshalb, weil sie irrigerweise glaubt, er habe einen Anspruch auf Anstellung als Beamter, statt im privatrechtlichen Dienstverhältnis im Beamtenverhältnis annimmt. Dies verkennt Oertmann im Pr. VBl. Jahrg. 39 S. 603.

Digitized by Google

Das bürgerliche Recht knüpft an das Vorhandensein eines wesentlichen Geschäftsirrtums die Anfechtbarkeit der Willenserklärung. Zunächst behält also die Willenserklärung rechtlichen Bestand, der Irrende kann sie aber durch eine erneute Erklärung außer Kraft setzen. Für diese Ausgestaltung der Rechtsfolgen des Geschäftsirrtums sind Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend gewesen. Der Gesetzgeber sagte sich, daß der Empfänger einer irrtümlichen Erklärung kein berechtigtes Interesse daran habe, die Erklärung als nichtig behandelt zu sehen; denn der Empfänger hat sie so aufgefaßt, wie sie ihrem objektiven Inhalte nach zu verstehen war, hat sie mit den Folgen hingenommen, die sich daran geknüpft hätten, wenn der Wille des Erklärenden mit der objektiven Bedeutung seiner Erklärungshandlung übereingestimmt hätte. Er muß deshalb diese Folgen gegen sich wirken lassen, wenn der Irrende, nachdem er den Irrtum erkannt hat, es bei diesen Folgen bewenden lassen will. Der Gesetzgeber hat deshalb als Folge des Irrtums nicht die Nichtigkeit ausgesprochen, auf die sich auch der Geschäftsgegner des Irrenden berufen könnte, sondern die Anfechtbarkeit, die nur vom Irrenden selbst geltend gemacht werden kann. Lassen sich diese für den Gesetzgeber maßgebend gewesenen Zweckmäßigkeitserwägungen auf öffentlichrechtliche Akte, insonderheit auf den Vorgang der Beamtenanstellung übertragen, so wird auch hier als Folge des Geschäftsirrtums Anfechtbarkeit anzunehmen sein. Die Übertragung erscheint uns zulässig. Der Geschäftsirrtum bedingt auch bei der Beamtenanstellung nicht notwendig in jedem Falle die Rückgängigmachung der Anstellung, sondern es kann ohne Schädigung des öffentlichen Interesses nach Lage des Einzelfalls auch die Aufrechterhaltung des einmal begründeten Verhältnisses in Frage kommen. Nehmen wir etwa den Fall des Identitätsirrtums (error in persona), so ist es denkbar, daß die irrende Behörde den irrig Angestellten trotz ihres Irrtums als brauchbar ansieht und ihn als Beamten behalten will. Ein öffentliches Interesse, den Akt als nichtig zu behandeln, besteht hier nicht. Das Gleiche kann bei dem Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person der Fall sein, z. B. wenn ein Beamter, dessen Vorstrafen der Anstellungsbehörde unbekannt waren, sich längere Zeit hindurch gut geführt hat.

Folge des Geschäftsirrtums ist demnach die Anfechtbarkeit der Anstellung. Anfechtungsberechtigt kann sowohl die Anstellungsbehörde wie auch der Beamte sein. Anfechtungsgegner ist der Ge-

Digitized by Google

schäftsgegner. Ihm gegenüber muß die Anfechtungserklärung abgegeben werden. Ihrem Inhalte nach braucht sie nur zum Ausdrucke zu bringen, daß der Anfechtende die Folgen der Anstellung beseitigen will. Es genügt deshalb auch, wenn die Anstellung „zurückgenommen" oder für nichtig erklärt wird. Was die Frist für die Anfechtung betrifft, so verlangt das bürgerliche Recht, daß die Anfechtung unverzüglich erfolgt, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Irrtume Kenntnis erlangt hat, und schließt die Anfechtung aus, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verstrichen sind[13]). Eine entsprechende Anwendung dieses Grundsatzes auf die Anfechtung der Beamtenanstellung erscheint wenigstens insoweit geboten, als die Anfechtung auch hier unverzüglich nach Beseitigung des Irrtums erfolgen muß. Es würde dem Rechtsempfinden zuwiderlaufen, wollte man dem Anfechtungsberechtigten nach Fortfall des Irrtums die Möglichkeit einräumen, beliebig lang die Anfechtung hinauszuzögern und in der Zwischenzeit abzuwarten, ob das Bestehenlassen des Verhältnisses oder seine Aufhebung die größeren Vorteile bringt.

Die Anfechtung wirkt im Privatrecht ex tunc, von der Vornahme des angefochtenen Rechtsgeschäfts an, letzteres ist von Anfang an als nichtig anzusehen. Der Ausgleich der von den Vertragsparteien einander gewährten Leistungen vollzieht sich nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. Bei dem Dienstvertragsverhältnisse hat demnach der Dienstverpflichtete die gewährte Vergütung herauszuzahlen, kann aber für die geleisteten Dienste, soweit sie für den Dienstberechtigten von Interesse gewesen sind, eine angemessene Vergütung verlangen. Für das Außenverhältnis, das Verhältnis zu Dritten, gilt dieser Grundsatz der Wirkung ex tunc aber nur beschränkt. Hat der Dienstverpflichtete für den Dienstberechtigten als dessen Vertreter Rechtsgeschäfte abgeschlossen, so bleiben diese grundsätzlich wirksam. Die Anfechtung wirkt dem Dritten gegenüber ex nunc. Nur dann, wenn auch der Dritte den Irrtum, die Anfechtbarkeit des Geschäfts, gekannt hat oder hätte kennen müssen, wird er so behandelt, als wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen[14]). Lassen sich auch diese Sätze auf das öffentliche Beamtenverhältnis übertragen? Auch hier ist ja ein Doppelverhältnis vor-

[13]) § 121 BGB.

[14]) § 142 Abs. 2 BGB.

Digitized by Google

handen, einmal das Verhältnis zwischen dem Beamten und dem öffentlichen Verbande, sodann das Verhältnis zwischen dem Beamten und denjenigen Personen, zu denen er in amtliche Beziehung tritt. Eine Analogie der oben dargestellten privatrechtlichen Grundsätze könnte dahin führen, daß die Rechtsakte, die der Beamte auf Grund seines Beamtenverhältnisses Dritten gegenüber vornimmt, wirksam bleiben, wenn nicht dem Dritten die Fehlerhaftigkeit der Anstellung bekannt war. Einem Bedenken unterliegt diese Analogie u. E. nicht, soweit der Beamte im privatwirtschaftlichen Verkehre tätig wird. Kauft und verkauft der Beamte für den Verband, der ihn angestellt hat, so liegt kein Anlaß vor, ihn und den Verband hierbei anders zu behandeln als einen Privatbeamten und seinen Vollmachtgeber. Dagegen ist es bedenklich, die Analogie schrankenlos auch auf die Fälle auszudehnen, in denen der Beamte Dritten gegenüber als Träger von Hoheitsrechten aufgetreten ist. Vielmehr wird hier Dritten gegenüber die Gültigkeit der von dem fehlerhaft angestellten Beamten vorgenommenen Rechtshandlungen im allgemeinen nicht in Frage gestellt werden dürfen. Die Sicherheit des öffentlichen Rechtsverkehrs verlangt, daß die staatshoheitlichen Akte, die der Beamte bis zu der Anfechtung vorgenommen hat, aufrechterhalten werden, auch wenn der dritte von dem hoheitlichen Akte Betroffene die Fehlerhaftigkeit des Anstellungsakts gekannt hat. Denn bei Ausübung der staatshoheitlichen Gewalt wird der Beamte nicht privatwirtschaftlich, sondern im öffentlichen Interesse tätig. Auch wenn die Ausübung staatshoheitlicher Rechte in manchen Fällen, z. B. bei der Erteilung von Gewerbeerlaubnissen, privatwirtschaftliche Vorteile zur Folge hat, so bedingt doch der öffentliche Auftrag, in dem der Beamte tätig wird, die Vermutung, daß für seine Amtshandlungen lediglich das öffentliche Interesse maßgebend gewesen ist. Er ist der Privatperson, die durch seine Amtshandlungen tatsächlich einen privaten Vorteil erhalten hat, nicht als Vertragspartei, sondern als Träger der Staatsgewalt gegenübergetreten. Die Rechtmäßigkeit und Unparteilichkeit des Beamten, die bei Staatsakten zu vermuten ist, wird dadurch, daß ein Willensmangel bei der Anstellung des Beamten mitgewirkt hat, nicht ausgeschlossen. Der Privatmann, dem der Beamte als Träger der Staatsgewalt gegenübertritt, kann annehmen, daß dieser Grundsatz der Rechtmäßigkeit und Unparteilichkeit die Amtshandlungen des Beamten beherrscht, auch wenn er weiß, daß der Beamte seine An-

Digitized by Google

stellung einem Willensfehler verdankt. Es stellt deshalb nicht notwendig eine Arglist dar, wenn er sich trotz dieser Kenntnis auf die Rechtsfolgen der Amtshandlung beruft.

Dem durch Anfechtung nichtig gewordenen Rechtsgeschäfte versagt das bürgerliche Recht jede Rechtswirkung. Es gibt aber dem gutgläubigen Empfänger der Willenserklärung einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er dadurch gehabt hat, daß er auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertraut hat[15]). Der Erklärende hat dem Geschäftsgegner das „negative Interesse" zu ersetzen. Das objektive Verhalten des Erklärenden ist die Ursache dafür gewesen, daß ein anderer sich mit ihm in ein Geschäft eingelassen und auf die Gültigkeit dieses Geschäfts vertraut hat. Dem anderen soll kein Schaden daraus erwachsen, daß der Erklärende sich geirrt hat. Entsprechend dem auch an anderen Stellen des bürgerlichen Rechtes geltenden Veranlassungsgrundsatze soll der Erklärende für den aus seinem Verhalten entstandenen Schaden haften. Er hat den Geschäftsgegner deshalb so zu stellen, als ob die irrige Erklärung nicht abgegeben worden wäre. Aufwendungen, die der Geschäftsgegner im Vertrauen auf die Gültigkeit der Anstellung gemacht hat, muß der Erklärende ihm deshalb ersetzen. Bei der Begründung eines Beamtenverhältnisses ist diese für den Gesetzgeber bestimmend gewesene Interessenlage die gleiche. Auch hier liegt keine Veranlassung vor, den Beamten den Schaden tragen zu lassen, der durch einen Irrtum der Anstellungsbehörde verursacht ist und umgekehrt. Auch hier muß deshalb der Erklärende, wenn er die Anstellung angefochten hat, dem Geschäftsgegner das negative Interesse ersetzen. Als Gegenstand des negativen Interesses können z. B. Kosten in Betracht kommen, die dem Beamten aus Anlaß der Ernennung entstanden sind, wie etwa Kosten einer Reise zum Dienstorte. Nur dann, wenn der Geschäftsgegner den Irrtum des Erklärenden gekannt hat oder kennen mußte, kann er[16]) einen Ersatzanspruch nicht erheben.

V. Die erschlichene Anstellung. Eine Anfechtung des Verwaltungsakts wegen Täuschung will Kormann[17]) zulassen nicht nur dann, wenn der Antragsteller einen Verwaltungsakt durch bewußte Vorspiegelung falscher Tatsachen hervorgerufen

[15]) § 122 BGB.
[16]) Entsprechend der Bestimmung des § 122 Abs. 2 BGB.
[17]) S. 371 ff.

Digitized by Google

hat, sondern schon dann, wenn die Tatsachen, die den Erlaß des Verwaltungsakts bestimmt haben, objektiv unrichtig sind. Kormann leugnet also einen Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Täuschung im öffentlichen Rechte. Er findet die Rechtfertigung der Anfechtung wegen objektiver Täuschung in dem Grundsatze der exceptio doli; er hält es für dolus, Rechtsvorteile für sich zu beanspruchen, die durch objektiv unrichtige Angaben hervorgerufen sind. Erforderlich ist nach Kormann nur, daß diese Angaben wesentlich, d. h. bestimmend gewesen sind für die Vornahme des Verwaltungsakts. Dem Rechtsnachfolger gegenüber will Kormann die Anfechtung nur dann zulassen, wenn diesem die Unrichtigkeit der Angaben seines Rechtsvorgängers bekannt gewesen ist. Wir halten die Lehre Kormanns für viel zu weit gehend. Sie steht zunächst in eigenartigem Gegensatze zu seiner Irrtumslehre. Während Kormann den Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung grundsätzlich für unbeachtlich erklärt, will er dem durch unrichtige Angaben hervorgerufenen Irrtum über Beweggründe der Verwaltungsbehörde entscheidenden Einfluß auf die Gültigkeit des Verwaltungsakts einräumen. Irrt die anstellende Behörde über die Person des Anzustellenden, ernennt sie etwa den B in dem Glauben, er sei der A, so soll das keinen Anfechtungsgrund bedeuten, die Anstellung des B bleibt wirksam [18]). Hat dagegen der Beamte irgendwelche unrichtigen Angaben gemacht, die für seine Anstellung maßgebend gewesen sind, so ist die Anstellung anfechtbar. Nach Kormann wäre also eine Anstellung anfechtbar, wenn die Anstellungsbehörde einen Beamten von bestimmter Konfession anstellen wollte und infolge eines Versehens der Beamte in seinen Papieren unrichtigerweise als zu dieser Konfession gehörig bezeichnet gewesen wäre, auch wenn bei den Anstellungsverhandlungen die Frage des Bekenntnisses in keiner Weise als wesentlich hervorgehoben worden wäre. Diese schrankenlose Berücksichtigung des Irrtums im Beweggrunde geht zu weit. Der Satz, daß es arglistig sei, wenn man Rechtsvorteile beanspruche, die man durch unrichtige Angaben erlangt habe, kann in dieser Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden. Es wäre nicht zu verstehen, wenn das bürgerliche Recht diesen Grundsatz nicht auch angenommen hätte. Das bürgerliche Recht sieht den Rechtsgrund für

[18]) Vgl. Kormann S. 378.

Digitized by Google

die Zulassung der Anfechtung in dem Verschulden des einen Geschäftsbeteiligten. Ein solches Verschulden wird angenommen, wenn entweder die Erklärung durch „arglistiges" Verhalten des Geschäftsgegners, durch ein Handeln in der Absicht, sich selbst einen Vorteil zu verschaffen, hervorgerufen ist, oder wenn der Geschäftsgegner gewußt hat, daß ein Dritter die Täuschung verübt hat und gleichwohl die aus der Erklärung entspringenden rechtlichen Vorteile sich hat zufließen lassen. Hat der Geschäftsgegner des Erklärenden unrichtige Angaben gemacht, ohne deren Unrichtigkeit zu kennen oder hat er sie in wohlmeinender Absicht gemacht, nicht um sich einen Vorteil zu verschaffen, so erblickt das bürgerliche Recht keine Arglist darin, daß er die rechtlichen Vorteile des Geschäfts für sich in Anspruch nimmt. Es kann wohl nicht geleugnet werden, daß diese Sätze einen allgemein gültigen Niederschlag unserer derzeitigen sittlichen Volksanschauungen darstellen, und daß diese Allgemeingültigkeit sich nicht auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt, sondern auch auf das des öffentlichen Rechtes erstreckt. Zuzugeben ist, daß diese sittlichen Anschauungen wandelbar sind und sich im Laufe der Zeit verfeinern können. Es könnte eine Zeit kommen, in der es als unanständig gilt, Rechtserfolge für sich zu beanspruchen, die man auf Grund unrichtiger, wenn auch in bestem Glauben und in bester Absicht gemachter Angaben erlangt hat. Allein das geltende Recht und die in seinen Sätzen zum Ausdrucke kommenden Volksanschauungen stellen solche Angaben den sonstigen irrigen Motiven einer Willenserklärung gleich, sprechen ihnen grundsätzlich eine Bedeutung für die Rechtsgültigkeit der Erklärung ab, geben ihnen vielmehr eine solche nur dann, wenn sie zu Voraussetzungen des Rechtsbestandes der Erklärung ausdrücklich erhoben sind.

Unser Ergebnis geht hiernach dahin: Die Voraussetzungen der Anfechtung wegen Täuschung sind bei der Beamtenanstellung die gleichen wie im bürgerlichen Rechte. Wir glauben uns hierbei in Übereinstimmung mit Jellinek zu befinden. Jellinek greift zwar nicht ausdrücklich zu dem Hilfsmittel der Analogie des bürgerlichen Rechtes. Er erklärt aber das öffentlichrechtliche Rechtsgeschäft wegen jeder „arglistigen" Beeinflussung der Verwaltungsbehörde für zurücknehmbar, wenn nicht das Einzelgesetz etwas Besonderes bestimmt[19]). Er erblickt also ebenso wie wir den Rechts-

[19]) Jellinek S. 159, 166.

Digitized by Google

grund der Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts in dem Verschulden des einen Geschäftsbeteiligten.

Wegen des Inhalts der Anfechtungserklärung, der Person des Anfechtungsgegners und der Wirkungen der Anfechtung gilt das Gleiche wie bei der irrtümlichen Anstellung. Als Frist für die Anfechtung kennt das bürgerliche Recht einen Zeitraum von einem Jahre seit Wahrnehmung der Täuschung durch den Anfechtungsberechtigten [20]). Das Gesetz geht hier, wo den Anfechtungsgegner ein Verschulden trifft, zugunsten des Getäuschten weiter. Die rein positivrechtliche Festsetzung der Jahresfrist, die durch grundsätzliche Erwägungen nicht geboten ist, läßt sich aber auf das öffentliche Recht nicht übertragen. Vielmehr wird hier eine „angemessene Frist" zu fordern sein. Die Erwägungen, die den bürgerlichrechtlichen Gesetzgeber zur Festsetzung der Jahresfrist geführt haben, werden bei dem Beamtenanstellungsakte dazu führen müssen, daß an die Rechtzeitigkeit der Anfechtung nicht so strenge Anforderungen zu stellen sind wie bei der Irrtumsanfechtung.

VI. Die erzwungene Anstellung. Der Rechtsgrund dafür, daß der Gesetzgeber der erzwungenen Willenserklärung den vollen rechtlichen Erfolg versagt, liegt nicht in einem Verschulden des Drohenden, sondern in der Unfreiheit des Willens der Erklärenden. Der Gesetzgeber sieht den Willen des Erklärenden als unfrei an, wenn er durch widerrechtliche Drohung beeinflußt ist. Zwar ist hier ein Wille im natürlichen Sinne vorhanden. Quamquam coactus voluit, tamen voluit. Dem Willensentschlusse wird aber die volle Wirkung versagt, weil er nicht durch eigene freie Selbstüberlegung, sondern durch die Ankündigung eines Übels, das einen Durchschnittsmenschen bei der Fassung des Geschäftswillens zu beeinflussen geeignet ist, zur Entstehung gekommen ist. Der Gesetzgeber hat hiernach schlechthin jede Drohung, die diesen Erfolg hervorzubringen geeignet ist, für erheblich erklärt. Einer Übertragung dieses Grundsatzes in das öffentliche Recht könnte entgegengehalten werden, daß im öffentlichen Rechte ein strengerer Maßstab anzulegen sei, daß etwa nur die Erklärung als rechtserheblich erzwungen anzusehen sei, bei der ein strafrechtlicher Notstand, eine Drohung mit Gefahr für Leib und Leben des Erklärenden stattgefunden habe. Wir halten diesen Maßstab für zu streng. Im Straf-

[20]) § 124 BGB.

Digitized by Google

rechte setzt die Handlung, deren Freiheit in Frage steht, nicht aus sich selbst heraus Rechtserfolge, sondern greift in fremde Rechtsgüter ohne Billigung ihres Inhabers ein. Hier darf sich der Wille nicht durch jede Drohung bestimmen lassen. Deshalb tritt die strafrechtliche Folge nur dann nicht ein, wenn eine Gefahr für Leib und Leben des Täters bestanden hat. Wenn im Gegensatze hierzu das Privatrecht jede Drohung für erheblich erklärt, die erweislichermaßen den Willen des Erklärenden entscheidend beeinflußt hat, so liegt dies darin, daß es sich hier um die Setzung von rechtsgeschäftlichen Normen durch die Handlung, die Willenserklärung selbst handelt. Das trifft, wie wir schon früher dargelegt haben, auch bei den Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechtes, insbesondere bei der Beamtenanstellung, zu. Hier muß ebenso wie im Privatrecht ein milderer Maßstab angelegt werden, wenn es sich um die Erfordernisse der Freiheit des Willensentschlusses handelt. Mit Jellinek[21]) und Kormann[22]) nehmen wir deshalb Fehlerhaftigkeit des Anstellungsakts wegen rechtswidriger Drohung in jedem Falle an. Erforderlich ist nur, daß die Drohung wirklich ursächlich gewesen ist.

Rechtsfolge ist auch hier die Anfechtbarkeit der Anstellung, nicht ihre Nichtigkeit[23]). Der Grund hierfür ist der gleiche, wie der, der für die Anfechtbarkeit bei Irrtum und arglistiger Täuschung spricht. Auch bei der Drohung hat der Geschäftsgegner keinen berechtigten Anspruch darauf, sich auf die Ungültigkeit des Geschäfts berufen zu dürfen, mag er selbst die Drohung verübt haben oder ein Dritter.

VII. Die nichternstlich gemeinte Anstellung. Den bürgerlichrechtlichen Fällen des geheimen Vorbehalts, des Scheingeschäfts und des Scherzgeschäfts ist gemeinsam, daß bei allen eine bewußte Abweichung zwischen Wille und Erklärung vorliegt. Die Erklärung ist hier überall insofern nicht ernstlich gemeint, als der innere Wille bewußtermaßen sich nicht mit der äußeren Erklärung deckt. Das bürgerliche Recht behandelt hier die Erklärung als nichtig, der mit ihr regelmäßig verbundene Rechtserfolg tritt wegen des Mangels des rechtsgeschäftlichen Willens nicht ein. Nur wenn der Erklärende weiß, daß dem Geschäftsgegner der Mangel

[21]) S. 115, 116.
[22]) S. 298, 377.
[23]) Wie Jellinek a. a. O. meint.

Digitized by Google

des Willens nicht bekannt ist, daß sie von ihm so aufgefaßt wird, wie sie sich ihrer objektiven Bedeutung nach darstellt, wird die Erklärung als gültig behandelt. Die Mentalreservation, der „geheime Vorbehalt" im engeren Sinne hat keine rechtliche Bedeutung, weil er darauf berechnet ist, den Geschäftsgegner irre zu führen. Vorsätzliches Verschulden des Erklärenden bildet also die Voraussetzung und den Grund seiner Nichtbeachtlichkeit.

Für das Gebiet der öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäfte ist die Beachtlichkeit einer bewußten Abweichung zwischen Willen und Erklärung bestritten worden. Insbesondere lehrt Kormann[24]), daß es beim Verwaltungsakte keine Mentalreservation gebe, die der Geschäftsgegner kennen könne. Es gebe keinen Verwaltungsakt, der mit Einverständnis des Betroffenen nur zum Schein vorgenommen werde. Es gebe keinen Verwaltungsakt, von dem der Betroffene erwarten könne, er sei nur Scherzgeschäft. All das widerspreche der hoheitlichen Natur des Verwaltungsakts. Wir vermögen diese Sätze nicht als richtig anzuerkennen. Wohl widerspricht das Vorliegen eines Willensmangels der gedachten Art der Natur des Verwaltungsakts insofern, als der Beamte, der ihn vorzunehmen hat, pflichtwidrig handelt, wenn er einen solchen Akt äußerlich vornimmt, obwohl er dabei nicht den ihm entsprechenden Geschäftswillen hat. Aber diese Pflichtwidrigkeit schließt es nicht aus, daß solche Fälle tatsächlich vorkommen. Es könnte sich höchstens fragen, ob bei staatshoheitlichen Willenserklärungen das Moment der Erklärung gegenüber dem Willensmoment eine überwiegende Bedeutung hat. Das würde aber zur Folge haben, daß stets nur die Erklärung, nie der Wille maßgebend sein könnte. Damit würde also auch die Erheblichkeit des Geschäftsirrtums und der Drohung beseitigt, — eine Folgerung, die auch Kormann nicht ziehen möchte. Gewiß mag es seine Bedenken haben, dem bewußten Fehlen des Geschäftswillens bei öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäften einen Einfluß auf dessen Gültigkeit einzuräumen, aber diese Bedenken bestehen auch — wenn auch vielleicht nicht im gleichen Maße — auf dem Gebiete des Privatrechts, und sicher sind die geschilderten Bedenken, die sich aus der Verneinung der Erheblichkeit des fehlenden Geschäftswillens ergeben, größer. Ein ausdrücklicher Rechtssatz hätte

[24]) S. 303.

Digitized by Google

diese Erheblichkeit natürlich beseitigen können [25]). Ein solcher Rechtssatz besteht indes nicht.

Wir stellen uns demnach auch hier grundsätzlich auf den Boden des Privatrechts. Der geheime Vorbehalt erscheint uns hiernach bedeutungslos, es sei denn, daß der Geschäftsgegner den geheimen Vorbehalt kennt. Dagegen gilt für die übrigen Fälle der Nichternstlichkeit der Anstellungserklärung der Grundsatz, daß die Erklärung als nichtig zu behandeln ist. Sowohl die im Einverständnisse mit dem Geschäftsgegner zum Scheine vollzogene Anstellung ist nichtig wie die, die in der Erwartung vorgenommen ist, daß der Mangel der Ernstlichkeit erkannt werde. Hinsichtlich der Wirkungen der Nichtigkeit wird auch hier zwischen dem Verhältnisse des anstellenden öffentlichen Verbandes zu dem Beamten selbst und dem Verhältnisse zu den „Dritten", den Personen zu unterscheiden sein, zu denen der Beamte in amtliche Beziehungen getreten ist. Das bürgerliche Recht kennt hier anscheinend nur den Grundsatz der Nichtigkeit schlechthin, der nur zugunsten des auf die Ernstlichkeit des Geschäftswillens Vertrauenden durch einen Schadensersatzanspruch gemildert ist. Fassen wir aber das dem Beamtenverhältnisse verwandte Rechtsverhältnis der bürgerlichen Vollmacht näher ins Auge, so ergibt eine nähere Betrachtung der bei der Vollmachterteilung beteiligten Personen, daß die Nichtigkeit Dritter, mit denen der Bevollmächtigte verhandelt hat, durchaus nicht in allen Fällen gilt. Nur die durch bloße Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten erteilte Vollmacht erscheint auch dem Dritten gegenüber, mit dem der Bevollmächtigte verhandelt hat, nichtig, selbst wenn dem Dritten der Mangel der Ernstlichkeit nicht bekannt gewesen ist. Dagegen ist die durch Mitteilung an den Dritten, durch Aushändigung einer Urkunde oder durch öffentliche Bekanntmachung [26]) erteilte Vollmacht dann noch nicht nichtig, wenn der Vollmachtgeber im Einverständnisse mit dem Bevollmächtigten nur zum Scheine gehandelt hat [27]). Denn hier ist die Erklärung nicht im Einverständnisse mit dem zum Scheine erfolgt, „dem gegenüber sie abgegeben war". Dem Dritten gegenüber, der auf die Vollmachtsurkunde, die öffentliche Bekanntmachung oder die besondere Mit-

[25]) Etwa wie bei der Eheschließung die Bedeutung der Simulation durch § 1323 BGB. beseitigt ist.

[26]) §§ 171, 172 BGB.

[27]) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche Anm. 1 zu § 172.

Digitized by Google

teilung vertraut, ist der Mangel der Ernstlichkeit einer Mentalreservation verwandt, er vermag ihm gegenüber deshalb nicht zu wirken. Bei dem öffentlichen Beamtenverhältnisse trifft dieser Grund in erhöhtem Maße zu. Läßt die Anstellungsbehörde den Beamten, obwohl sie eine ernstliche Anstellung nicht hat vornehmen wollen, in seiner amtlichen Stellung tätig werden, so liegt darin eine öffentliche Ermächtigung zur Vornahme der mit dem Amte verbundenen Handlungen, auf die der Dritte sich verlassen können muß. Die Anstellungsbehörde kann die Gültigkeit der von dem Beamten vorgenommenen Amtshandlungen Dritten gegenüber deshalb nicht in Zweifel ziehen, weil sie selbst dadurch, daß sie den Beamten hat amtlich tätig werden lassen, ihn gegenüber allen Dritten zur Wahrnehmung seines Amtes ermächtigt hat. Höchstens dann, wenn auch der Dritte den Mangel der ernstlich gemeinten Anstellung gekannt hätte und in arglistiger Weise die scheinbar geschehene Anstellung sich zunutze gemacht hatte, könnte die Gültigkeit der ihm gegenüber vorgenommenen Handlungen des Beamten in Frage gestellt werden.

Digitized by Google

VIII.

Staatszweck und öffentliches Interesse.

Ein Beitrag zur Nomenklatur der Verwaltungsrechtslehre.

Von Herrn Dr. Adolf Merkl in Wien.

I. Der Staatszweck als öffentliches Interesse.

Das Recht gilt uns als Mittler für öffentliche Interessen, die nach staatlicher Anerkennung streben. Nur ist die Rechtslehre nicht geneigt, dem Rechte ein Monopol in dieser Mittlerrolle einzuräumen. Auf einem anderen Gebiete sieht man den Staat als Träger öffentlicher Interessen, wo diese Vermählung ohne Dazwischentreten des Rechtes erfolgt zu sein scheint. Der Staatszweck der Kulturförderung nicht anders als der Machtzweck sind „verstaatlicht", ohne gleicherweise „durchrechtlicht" zu sein. Wir zaudern, die Erhaltung von Schulen, den Betrieb von Eisenbahnen, die Pflege von Forsten, die in staatlichem Eigentume stehen, als Rechtsfunktion anzusprechen, obzwar wir nicht leugnen können, daß in derartigen Fällen die Gesetzesform (und das ist doch eine Rechtsform) etwa in Gestalt eines Verstaatlichungsgesetzes nicht selten vorliegt.

Erst Hans Kelsen hat in seinen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre"[1]) jene Einengung des Staates auf das Recht oder, von der anderen Seite besehen, jene Ausdehnung des Rechtes auf den Staat, jene Koordination und Kongruenzierung von Recht und Staat vorgenommen, die einen dauernden Gewinn der Staatsrechtslehre, nämlich die erstmalige völlige Erfassung des Rechtsstaatsgedankens und damit die Begründung einer reinen Staatsrechtslehre bedeutet.

[1]) Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1911.

Digitized by Google

Für die ganze heutige Staatsrechtslehre ist das Verwobensein von rechtlichen und rechtsfreien Elementen in ihrer Vorstellung vom Staate eigentümlich. Doch es wird nicht der Staat im juristischen vom Staate in einem anderen, namentlich im politischen und soziologischen Sinne reinlich gesondert, sondern einerseits der Rechtsstaat, die rechtliche Seite des Staates, zum Gegenstand etwa soziologischer Betrachtung gemacht, andererseits die Sozialerscheinung des Staates auch für rechtlich relevant erachtet[2]). Um nur zwei tonangebende Häupter der heutigen Rechtslehre zu zitieren, stellt Georg Jellineks großzügige allgemeine Staatslehre den Versuch dar, ein und denselben Rechtsstaat, den Staat im Rechtssinne, sowohl vom juristischen als auch vom soziologischen Standpunkt aus zu betrachten, womit zwar gegenüber dem bisherigen Stande der Rechtslehre ein riesiger Fortschritt, nämlich die Erkenntnis gegeben war, daß der überkommene Staatsbegriff nicht bloß Gegenstand juristischer, sondern auch außerjuristischer Betrachtung sein könne, womit aber noch nicht die letzte Erkenntnis in diesen Dingen verbunden war, daß diesen prinzipiell verschiedenen Betrachtungsweisen verschiedene Gegenstände zugrunde liegen müßten, Gegenstand der soziologischen Betrachtung mithin nicht derselbe Rechtsstaat, Staat im Rechtssinne, sein könne, der die Rechtswissenschaft beschäftigt. Und Otto Mayers nicht minder monumentale Verwaltungsrechtslehre geht von der Voraussetzung aus, daß die Verwaltung jene mehr oder weniger rechtsfreie Sphäre des Staates sei, die aber nichtsdestoweniger Gegenstand einer juristischen Disziplin, nämlich der (von Mayer mehr als von allen seinen Vorläufern erschauten und ergründeten) Verwaltungsrechtswissenschaft, sein könne[3]). So wurden jene schier unvollzieh-

---

[2]) Vgl. hierzu meine Ausführungen über „Den Staat im historisch-politischen und im rechtlichen Sinne" im Archiv des öffentlichen Rechtes, 1. Heft 1917, „Die Rechtseinheit des österreichischen Staates".

[3]) Diese Annahme ergibt sich zunächst schon aus der Begriffsbestimmung der Verwaltung als der „Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, außerhalb der Justiz" (Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 13), noch deutlicher aber aus der Annahme von Staatsfunktionen, die unter den drei hergebrachten Staatsgewalten nicht untergebracht werden könnten — völkerrechtlicher Verkehr, Kriegführung und Staatsnotrecht. Gibt es für Mayer schon auf dem Gebiete der Verwaltung im engeren Sinne eine Freiheit vom Rechte, die es kaum rechtfertigen würde, daß dieses Gebiet insoweit Gegenstand einer so eingehenden Verwaltungs-

Digitized by Google

baren Vorstellungen doch wohl vollzogen: die des Rechtsstaats als Gegenstand einer metajuristischen Wissenschaft und die einer Rechtswissenschaft vom Nichtrechte.

Und nun kam Kelsen mit der kühnen Behauptung, daß „alle Tätigkeit, die dem Staate zurechenbar ist, nur Realisierung . . . der Rechtssätze sein muß, . . . daß kein Staatsorgan Staatsakte setzen kann, ohne daß in der Rechtsordnung zumindest überhaupt festgesetzt ist, daß der Staat in dieser Richtung tätig sein will, oder m. a. W., daß keine menschliche Handlung ohne rechtliche Zurechnungsregel als solche des Staates gelten kann" [4]).

Die Rechtsqualität einer Handlung wurde damit zur Voraussetzung des Staatscharakters dieser Handlung erhoben, damit aber keineswegs dem Staate jenes große Tätigkeitsbereich des Macht- und Kulturzwecks, wo man ihn rechtsfrei vorgehen zu sehen vermeinte, genommen, sondern eben dieses Gebiet, wofern sich irgend ein Anhaltspunkt hierfür in Enteignungsgesetzen u. dgl. zeigte, erstmals dem Rechte erobert und damit dem Staate wiedergewonnen. Zufolge dieser Auffassung wird das Recht, das die bisherige Staatslehre nicht anders und auf der gleichen Stufe wie Macht und Kultur vom Staate bezweckt sein ließ [5]), zum einzigen und umfassenden Staatszweck, wenn man den Blick auf die Staatsfunktionen einstellt; zum einzigen und umfassenden Mittel des Staates, wenn man ihn den dahinterliegenden, der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung sich

---

rechtslehre ist, so macht es die für den völkerrechtlichen Verkehr, für die Kriegführung und für das Staatsnotrecht präsumierte Transzendenz zum Rechte geradezu unverständlich, einerseits, daß alle diese Funktionen solche des Rechtsstaats seien, anderseits, daß auf diesen Gebieten der Jurist überhaupt noch ein Wort zu reden habe. — Zur Frage der Rechtsqualität der fraglichen Funktionen vgl. Kelsen a. a. O. S. 499 ff. und meine Abhandlungen: Der Krieg als Rechtshandlung des Staates, Annalen des Deutschen Reichs, Heft 1/2 aus 1916, und Die kriegerische Besetzung, ebendort Heft 5/6 aus 1917.

[4]) A. a. O. S. 498/9.

[5]) Es sei an die Trias von Rechts-, Macht- und Kulturzweck erinnert, wobei die durch den Rechtscharakter des Staates bedingte Überordnung des Rechtszwecks und Unterordnung der übrigen (notwendig aus dem Rechtszweck abgeleiteten übrigen Staatszwecke) verschwindet und in eine Gleichstellung dieser inkommensurablen Größen aufgeht. Die Koordination der genannten Zwecke ist gleichzeitig ein Symbol der üblichen Spaltung des Staates in einen rechtlich relevanten und rechtsfreien Teil.

Digitized by Google

bedienenden Zwecken der Gesellschaft zuwendet. Und von demselben Standpunkt aus wird das öffentliche Interesse nur durch Rezeption von Seiten des Rechtes zum Zwecke des Staates, muß es das Medium des Rechtes passieren, um sich mit dem Staate zu berühren. Die Unmittelbarkeit des Zusammenhanges von Staatszweck und öffentlichem Interesse ist aufgehoben, das Recht tritt als unvermeidliches Bindeglied, als universaler Mittler der nach staatlicher Anerkennung strebenden gesellschaftlichen Interessen dazwischen.

Hans Kelsen schlägt zwischen Staatszweck und öffentlichem Interesse eine Brücke, welche der Seite des Staatszwecks keinen Abbruch tut, dagegen wohl die des öffentlichen Interesses einschneidend berührt. Ist für die herrschende Lehre das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses Erkenntnisgrund des Bestandes eines gleichgerichteten Staatszwecks, um dessen rechtliche Rezeption man sich nicht weiter kümmert, so ist für Kelsen das Gegebensein eines Staatszwecks, — welcher dabei notwendig in rechtlicher Form gegeben ist —, zugleich Erkenntnisgrund eines in derselben Richtung auftretenden öffentlichen Interesses. „Wenn ein Interesse als das des Staates erkannt wird, muß es schon deshalb als öffentliches Interesse angesehen werden“ [6]). Gemäß dieser Aufstellung ist für Kelsen jedes Staatsinteresse auch öffentliches Interesse, und zwar zufolge der Bezwecktheit durch den Staat; dahingestellt bleibt nur, ob es auch außerhalb der Staatszwecke öffentliche Interessen gibt. Nur das beansprucht Kelsen für den Staat, „der doch der juristische Ausdruck der Rechtsgemeinschaft, des Rechtskollektivums ist“, daß sein Interesse, „wenn schon nicht allein, so doch in allererster Linie als das öffentliche par excellence gelten muß“ [7]). Bei der engen Verknüpfung, um nicht zu sagen: Identifizierung, die Kelsen zwischen Recht und Staat vorgenommen hat, ist es selbstverständlich, daß dieses typische öffentliche Interesse, welches mit einem Staatszweck einhergeht, die Rechtsform aufweist. Die Rechtsform ist es, welche Kelsen einen Staatszweck erkennen läßt, und der Staatszweck ist des weiteren wieder der Ausdruck des öffentlichen Interesses. Kein Staatszweck, der nicht die Rechtsform aufwiese, und keiner, der nicht im öffentlichen Interesse läge.

[6]) Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechtes, Heft 2/3 aus 1913, S. 85.

[7]) Ebendort S. 84.

Digitized by Google

II. Das öffentliche Interesse als Staatszweck.

Auch die herrschende Lehre nimmt eine Identifizierung von Staatszweck und öffentlichem Interesse vor, nur ist ihr Gedankengang dem gerade entgegengesetzt, den wir bei Kelsen kennen gelernt haben. Man geht vom Begriffe des öffentlichen Interesses aus und verkündet alles, was sich materiell als solches darstellt, um dessentwillen als Staatszweck, und zwar unbekümmert darum, ob dieser Staatszweck irgendwie rechtliche Form angenommen, rechtliche Regelung gefunden hat, da ja die herrschende Jurisprudenz den Staat zum Teil wenigstens auch jenseits des Rechtes zu finden vermeint. Vom öffentlichen Interesse wird also auf den Staatszweck geschlossen und es als selbstverständlich angesehen, daß jedwedes öffentliche Interesse im Bereiche der Staatszwecke liege, welcher seinerseits allerdings nicht notwendig auf das öffentliche Interesse beschränkt sei.

An diesem prinzipiellen Standpunkt ändert sich nichts, wenn nur bestimmte Zweige der Staatsgewalt als Heimstatt des öffentlichen Interesses betrachtet werden. So gilt uns die Verwaltung ausschließlich oder vorwiegend als jene Staatsgewalt, die berufen sei, alles zu veranlassen, was das öffentliche Interesse gebiete; und im besonderen gilt wieder die Polizeigewalt — jene „öffentliche Gewalt, die auf dem Gebiete der Verwaltung wirksam wird zur Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens aus dem Einzeldasein“ [8]) — als das eigentliche Betätigungsfeld des öffentlichen Interesses. Und dieselbe Auffassung der Apriorität des öffentlichen Interesses vor der rechtlichen Bestimmung der Staatszwecke spricht im Grunde auch aus dem Rekurs auf das Staatsnotrecht, welchem letzten Endes das Staatsrecht weichen müsse [9]), denn auch in diesem Falle wird ein wenn auch kleines Gebiet angenommen, wo der Staat das öffentliche Interesse „bezwecke“ — außer, ja trotz dem Rechte! Ja die ganze Auffassung der „gesetzmäßigen“ Verwaltung, deren Gesetzmäßigkeit aber doch nur darin bestehe, daß sie „im Rahmen der Gesetze“ „frei“ das „im öffentlichen Interesse“ Gebotene vollführe (Mayer, Fleiner u. v. a.), rechnet mit dem Staatszwecke, das öffentliche

[8]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 217.

[9]) Edmund Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 323 ff.

Digitized by Google

Interesse wahrzunehmen, unbekümmert darum, ob dieser Staatszweck rechtliche Anerkennung erfahren hat.

Aber womöglich noch mehr als der wissenschaftlichen Überzeugung entspricht dieses Verhältnis von Staat und öffentlichem Interesse der allgemeinen Laienmeinung. Es gibt doch, wie wir gehört haben, Stimmen — wenn auch sehr vereinzelte —, die einer Identifizierung von Staat und öffentlichem Interesse, namentlich von Seite des letzteren her, widersprechen [10]). Aber die Laienmeinung in unserer Frage ist — soweit Laien darin überhaupt eine Meinung haben — so gut wie ungeteilt. Dem öffentlichen Interesse des Staates — das ihm ohne weitere Verknüpfung eigen sei — steht das private Interesse der einzelnen Gruppen des Staatsvolks gegenüber. Das Staatswesen wächst zum Träger des öffentlichen Rechtes empor, dem die privaten Rechtskreise der Individuen gegenüberstehen. „In kleineren Gemeinwesen bedarf es nicht jener Abtrennung des öffentlichen Rechtes vom privaten, weil das Individuum in ihnen inniger mit dem ganzen verbunden ist" [11]). Zum mindesten wird in der Gestalt des „öffentlichen Rechtes" (an das man aber nicht die strengen Anforderungen positiv-rechtlicher Gegebenheit wie an das Privatrecht stellt) das öffentliche Interesse als sein Zweck dem Staate zugeschrieben [12]).

III. Die doppelten Begriffe von Staatszweck und öffentlichem Interesse.

Wir sehen also zwei Identifizierungen von Staatszweck und öffentlichem Interesse, die sich nur durch die in beiden Fällen eingeschlagene Richtung unterscheiden. Während nach herrschender

[10]) Vgl. Georg Simmel, Soziologie, Leipzig 1908.

[11]) Zu nennen wäre in diesem Zusammenhang Adolf Wagner und insbesondere Max Layer (Prinzipien des Enteignungsrechts, insbesondere S. 180 ff.), welcher letztere in dem zitierten großzügigen Werke die übliche Verknüpfung zwischen Staat und öffentlichem Interesse zu lösen versucht — freilich nicht, ohne daß er neuerlich den Staat und das öffentliche Interesse in einen anderen schier unauflösbaren, mit seinen eigenen Voraussetzungen schwer vereinbaren Zusammenhange brächte.

[12]) Unter den Versuchen einer Begriffsbestimmung des öffentlichen Interesses wären insbesondere noch hervorzuheben: F. J. Neumann, das öffentliche Interesse mit bezug auf das Gebühren- und Steuerwesen, die Expropriation und die Scheidung von Privat- und öffentlichem Rechte, Hirths Annalen, 1886, S. 357 ff.; Öffentliches Interesse und öffentliche Klage von Leuthold, ebendort, 1884, S. 321 ff.

Digitized by Google

Auffassung alles, was im öffentlichen Interesse liegt, darum schon Staatszweck ist, erkennt man nach gegenteiliger Auffassung an dem (von anderer Seite her) gegebenen Staatszweck unfehlbar das öffentliche Interesse. Durch jene Auffassung wird der Staatszweck zum unermeßlichen Gebiete des öffentlichen Interesses erweitert, durch diese wird das nach allgemeiner Auffassung unermeßlich weite öffentliche Interesse in das Prokrustesbett des Staatszwecks eingezwängt. Jede der beiden Identifizierungen von Staatszweck und öffentlichem Interesse scheint mir zu weit zu gehen. Das logische Verhältnis dieser beiden Begriffe ist das zweier sich schneidender Kreise. Nicht jegliches öffentliche Interesse wird zum Staatszweck, und es liegt auch nicht alles im öffentlichen Interesse, was der Staat bezweckt.

Ich supponiere also dem öffentlichen Interesse einen materiellen, dem Staatszwecke hingegen einen formellen Sinn. Nur so wird jene Distanz zwischen den beiden Begriffen gewahrt, die jede der beiden vorhin besprochenen Identifizierungen ausschließt, die einen ständigen Vergleich und ein gegenseitiges Abwägen der beiden Begriffe ermöglicht und insbesondere zuläßt, daß das öffentliche Interesse als regulatives Prinzip der Staatszwecke auftritt.

Die herrschende Auffassung versteht bekanntlich unter dem öffentlichen Interesse inhaltlich bestimmte politische oder ethische Forderungen; ihr Begriff des Staatszwecks ist aber ebenso inhaltlich bestimmt; man denkt an die nämlichen politischen oder ethischen Forderungen. Kelsens Begriff des Staatszwecks ist hingegen formal. Welchen Inhalt immer die Rechtsform aufweisen mag — um dieser Form willen nimmt Kelsen einen Staatszweck an. Und diesen Staatszweck — gleich welchen Inhalts — deutet er zugleich als öffentliches Interesse. Bei der Unterlegung solcher Begriffe sind die beiden Gleichungen unausweichlich und verständlich.

Ich möchte weder dem öffentlichen Interesse noch dem Staatszweck eine so abhängige, abgeleitete Bedeutung beilegen, wie sie sich nach den vorbesprochenen Identifizierungen ergibt.

Die Staatszwecke sind, zumal bei der ungemessenen Vermehrung, die sie im ausgebildeten modernen Staatswesen gefunden haben, sehr bunter Art und oft sehr zufälliger Natur. Wenn man sich dies vorAugen hält, wird man vor der Annahme, daß in allen diesen Fällen unterschiedslos ein öffentliches Interesse vorliegt,

Digitized by Google

doch ein wenig zaudern. Und noch bedenklicher wird diese Gleichsetzung des Staatszwecks mit dem öffentlichen Interesse dann gefunden werden, wenn der einzelne Staatszweck nur von einer kleinen Minderheit des Staatsvolks gutgeheißen und von seiner großen Mehrheit angefochten wird. Wenn ein solcher Staatszweck nichtsdestoweniger als öffentliches Interesse angesprochen wird, so verdient er dieses Prädikat nicht um seines Inhalts, sondern bloß um seiner Form willen, indem er eben in die Gesellschafts-, in die Gemeinschaftsform des Rechtes gekleidet ist. Das auf dem angedeuteten Erkenntniswege sich ergebende öffentliche Interesse ist a priori nur formell ein öffentliches Interesse; ob auch materiell, das bleibt dahingestellt.

Gerade ein solcher materieller Begriff des öffentlichen Interesses hat aber seine Daseinsberechtigung. Es besteht das Bedürfnis, etwas als öffentliches Interesse hinzustellen und daraus die Forderung abzuleiten, daß es sich der Staat zu eigen mache. Der Unterricht der Volksmassen war doch sicherlich schon zu einer Zeit ein öffentliches Interesse, als sich der Staat noch keinerlei Kulturzwecken zugewendet hatte. Die Sorge um die Volksgesundheit lag zweifellos ebenfalls auch damals schon im öffentlichen Interesse, als staatliche Anstalten oder gar staatliche Ämter, die solchen Zwecken dienten, noch nicht bestanden. Diese Beispiele zeigen ein auffälliges Auseinandertreten von Staatszweck und öffentlichem Interesse, eine Sachlage, dem die üblichen Auffassungen über das Verhältnis der beiden Begriffe nicht hinlänglich Rechnung tragen. Ist ein öffentliches Interesse kraft dieser seiner Eigenschaft an sich schon Staatszweck, dann wird die Forderung, daß sich der Staat irgend ein öffentliches Interesse zu eigen mache, gegenstandslos, da ja der Staat von vornherein schon dem gesamten öffentlichen Interesse dient. Und der Vorwurf, daß ein Staat im Gegensatze zu den Wünschen der Volksgesamtheit irgend welche Sonderwünsche in Schutz nehme, wird gegenstandslos, weil der Staatszweck von vornherein mit dem öffentlichen Interesse zusammenfalle. Ein richtig verstandenes (materielles) öffentliches Interesse richtet sich aber nie nach den augenblicklichen Staatszwecken, sondern hat unabhängig von ihnen Bestand und Wert und erhebt höchstens die Forderung, daß sich Staat und Recht ihm anpassen.

Wir stellen also dem Begriffe des öffentlichen Interesses, wie ihn Kelsen faßt, diesem typischen Formalbegriffe, der in der

Digitized by Google

Rechtsform das über die Öffentlichkeit eines Interesses entscheidende Merkmal erblickt, die geläufige materielle Vorstellung des öffentlichen Interesses gegenüber, wonach ein bestimmter Inhalt von Interessen sie als öffentliche qualifiziert. Und wir verstehen andererseits unter dem Staatszwecke hinwiederum nicht einen bestimmten (namentlich mit dem öffentlichen Interesse übereinstimmenden) Inhalt, sondern jeden beliebigen Inhalt, der in der Rechtsform erscheint.

IV. Staatlich rezipiertes öffentliches Interesse.

Das öffentliche Interesse ist also a priori staatsfremd. Das Mittel, es mit dem Staate zu vermählen, ist das Recht. Das öffentliche Interesse der Volksbildung z. B. wird dadurch zum Staatszwecke, daß die Schulpflicht gesetzlich eingeführt wird. Die gesetzliche Wehrpflicht ist Erkenntnisgrund des Staatszwecks der Landesverteidigung. Ein Epidemiegesetz läßt erkennen, daß der Staat die Gesundheitsbewachung unter seine Aufgaben aufgenommen hat. Immer ist also die rechtliche Rezeption Erkenntnisgrund des Staatsinteresses, Zeichen, daß ein öffentliches Interesse ins Bereich der Staatszwecke eingegangen ist. Und ebenso sicher haftet allem, was noch nicht die Rechtsform angenommen hat, staatlicher Unwert an.

Um diese Vorstellung unschwer restlos zu vollziehen, muß man allerdings mit Kelsen jene Fassungsfähigkeit durchschaut haben, die der Rechtsform eigen ist[13]). Man darf nicht glauben, daß das Recht bloß fähig sei, den „Rechtszweck" zu regeln; auch der Macht- und der Kulturzweck sind, so unwahrscheinlich es erscheinen mag, notwendig in die Rechtsform gekleidet, falls man in diesen Fällen überhaupt von einem Staatszwecke soll sprechen dürfen. Feldherr, Offizier und Soldat, die befehlend und gehorchend der Vaterlandsverteidigung obliegen, aber auch der Universitätslehrer, der auf dem Katheder Wissenschaft vermittelt, und der Arzt, der in einer staatlichen Krankenanstalt wirkt, dienen prinzipiell nicht anders dem Rechte als etwa der Richter, den wir als den Rechtsanwender καὶ ἐξοχήν anzusehen gewohnt sind. Sie sind gleicherweise Rechtsvollstrecker, wobei der Unterschied nur darin liegt, daß der eine mehr, der andere weniger rechtlich determiniert ist, der eine durch inhaltsreiche Rechtsnormen aufs engste, der andere etwa durch

[13]) Vgl. auch meinen Aufsatz: Der Krieg als Rechtshandlung des Staates, Annalen des Deutschen Reichs, 1916.

Digitized by Google

eine einfache Organisationsvorschrift nur ganz lose mit der Rechtsordnung in Verbindung steht. Es handelt sich also nur um graduelle, nicht um essentielle Unterschiede.

Die Kodifizierung oder was sonst immer in einem bestimmten Staatswesen der Weg der Rechtserzeugung sein mag, ist also das einzige Mittel, ein öffentliches Interesse dem Staate zu gewinnen, mit anderen Worten: zum Staatszwecke zu erheben. Dieses Mittel ist aber selbstverständlich nicht auf das öffentliche Interesse beschränkt. Die Rechtsform ist ebenso geeignet, ein dem öffentlichen Interesse geradezu zuwiderlaufendes privates Interesse dem Staate zu akquirieren. Staaten, die das egoistische Interesse kleiner Minderheiten, wenn nicht gar Einzelner wahrgenommen und zugleich das öffentliche Interesse verpönt und niedergetreten haben, waren ja keine Seltenheit. Man sieht an dieser Tatsache, daß der hier behauptete Abstand zwischen öffentlichem Interesse und Staatszweck nicht bloß daher rührt, daß auch der politisch beste Staat an Grenzen seines Vermögens stößt, die ihn zwingen, auf die Verwirklichung gewisser öffentlicher Interessen zu verzichten, sondern daß er sich zum öffentlichen Interesse geradezu in Gegensatz zu stellen vermag, indem er durch das Mittel seiner Rechtsordnung mitunter private Interessen auf Kosten entgegenstehender öffentlicher Interessen propagiert.

Das öffentliche und das private Interesse gehen nicht bloß zugleich, sondern auch in gleichem Grade im Gesetzgebungsprozeß in die Rechtsform ein. Es ist eine bei Juristen weit verbreitete Annahme, daß der Staat an solchen Rechtseinrichtungen, die dem Schutze oder der Verwirklichung des öffentlichen Interesses dienen, in höherem Maße interessiert sei als an jenen, die im privaten Interesse liegen. Auf dieses Blatt gehört die übliche Annahme, daß das öffentliche Recht dem Staate näher stehe als das private usw. Dieses „höhere" Interesse, das der Staat an Rechtseinrichtungen von öffentlichem Interesse nehme, ist ein Rest von jenem ursprünglichen Interesse, das der Staat ohne jedwede Vermittlung des Rechtes an Dingen des öffentlichen Interesses habe. Um in solchen Fällen zur Erkenntnis des wirklichen Staatsinteresses zu gelangen, dessen einzige Ausdrucksform das Recht ist, muß man das vermeintliche Staatsinteresse um den aus so trüben Quellen entspringenden Vorsprung kürzen. Die angedeutete fehlerhafte Vorstellung wird aber noch bis zu dem Punkte

Digitized by Google

weitergeführt, daß man dem Staate mangels eines „öffentlichen" Interesses trotz Aufliegens einer Rechtseinrichtung jedwede Interessiertheit an dieser Rechtseinrichtung abspricht. So findet sich folgende Aufstellung in Spiegels hochbedeutsamen Werke über „Verwaltungsrechtswissenschaft" [14]): „Aber es ist nur ein Doppeltes möglich: Entweder der Staat hat kein Interesse an dem Inhalt eines Verwaltungsakts . . . oder der Staat, die Staatsverwaltung gehört zu den Interessenten des Verwaltungsakts. Ist rechtliches Kodifiziertsein der Ausdruck des staatlichen Interessiertseins, dann wird die Vorstellung, daß der Staat an einer seiner Rechtseinrichtungen weniger als an einer anderen, oder gar, daß er an dieser oder jener Rechtseinrichtung gar nicht interessiert sei, schlechthin unvollziehbar. Hätte der Staat an einem Verwaltungsakte tatsächlich kein Interesse, dann würden wir, genau besehen, nicht einen Verwaltungs-, einen Staatsakt, vor uns haben. Oder es wird dieser Interessenbetrachtung ein anderer Staatsbegriff zugrunde gelegt. Der Staat im Rechtssinne, den wir meinen, erscheint dadurch, daß er einen Staatszweck setzt, als dessen Interessent; ein anderes Interesse hat unser Staat nicht als das der Verwirklichung seiner Rechtsordnung.

Nicht einmal an seinem eigenen Bestand ist der Staat notwendig mehr interessiert als an einem anderen Gute. Auch diese Überschätzung eines bestimmten öffentlichen Interesses, welche sich die Theorie vom Staatsnotrechte zuschulden kommen läßt, operiert mit einem mit dem Rechtsbegriffe des Staates nicht identischen, ja nicht zu vereinbarenden Staatsbegriffe. Von Rechtswegen kann der Staat sogar seinen Untergang oder zum mindesten den Übergang in eine mehr oder weniger von seinem vorigen Stande abstehende Staatsform entweder ausdrücklich vorsehen oder mittelbar ermöglichen; die Erhaltung des rechtlichen und staatlichen status quo kann bei solcher Sachlage nicht mehr als Staatszweck angesehen werden. Und so ist jede denkbare Abstufung der Staatszwecke an der Hand des mitsprechenden öffentlichen Interesses ausgeschlossen.

V. Die Stufenfolge der Staatsinteressen.

Es gibt aber nichtsdestoweniger eine juristisch feststellbare Stufenfolge von Staatszwecken. Die Stufenfolge läuft mit der

[14]) Leipzig, Duncker & Humblot 1908, S. 103.

Digitized by Google

Reihe der Rechtserscheinungsformen parallel. Die Rechtsform weist in der Regel die Stufenfolge Verfassung — Gesetz — Verordnung — Verfügung und Entscheidung auf [15]). Man kann nun offenbar auch analoge Stufen des Staatszwecks unterscheiden. Zunächst kann ja die untergeordnete Rechtsform vom Standpunkte der übergeordneten aus als „bezweckt" erscheinen; so dürfen wir z. B. vom Standpunkte der Verfassung aus von dem Staatszwecke sprechen, „Gesetze zu geben". Und die Bestimmung des Rechtes, die ganze Kette der Rechtserscheinungsformen zu durchlaufen, mag man als den „Rechtszweck" bezeichnen. Insoweit handelt es sich nur um formale Staatszwecke. Ebensogut kann man aber den Inhalt dieser Rechtserscheinungsformen als Staatszweck ansprechen. Unter diesem Gesichtspunkte besehen, ist nicht das eine öffentliche oder private Interesse Staatszweck, das andere nicht, sondern es werden in der Stufenfolge der Rechtserscheinungen fortschreitend die Staatszwecke mit dem Rechte, nämlich in der Form Rechtens, erst erzeugt. Auf der Verfassungsstufe wird man noch nicht vielerlei Staatszwecke unterscheiden können. Fragt man etwa an der Hand der Staatsverfassung, ob dieser Staat mehr dem sogenannten Rechts-, dem Macht- oder dem Kulturzwecke huldige, so muß man oft antworten: „An seinen Werken wirst du ihn erkennen." Es wird sich erst in der Folge zeigen. Die Tatsachen, an denen es sich zeigt, sind die Gesetzgebungsakte. Im Gesetzgebungsstadium tritt meist erst die Differenzierung der Staatszwecke ein; in diesem Stadium hat sich der formelle Gesetzgebungszweck, wie er aus der Verfassung herauszulesen ist, gewissermaßen verlebendigt, mit bestimmtem Inhalt erfüllt. Sozialversicherungsgesetze, Arbeiterschutzgesetze lassen z. B. auf den Staatszweck der sozialen Fürsorge schließen, während ein solcher Zweck dem Verfassungstext unmöglich zu entnehmen wäre. Aber auch auf der Gesetzesstufe sind noch nicht alle im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung möglichen Staatszwecke gegeben. Auch die Verordnungsgewalt hat die Fähigkeit, verschiedenerlei Staatszwecke, die in Verfassung und Gesetz nur in nuce enthalten waren, zwar nicht neu zu kreieren, aber doch gewissermaßen zu entfalten, mit Inhalt zu füllen. Es ist z. B. etwas All-

[15]) Vgl. meine Abhandlungen: Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, Archiv des öffentlichen Rechtes, 1917; Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Separatabdruck aus der Deutschen Richterzeitung, Hannover 1917; Das doppelte Rechtsantlitz, Juristische Blätter, Wien 1918.

Digitized by Google

tägliches, daß Polizeivorschriften innerhalb des Rahmens des Gesetzes und seines Programms der Abhaltung von Störungen der guten Ordnung ganz bestimmte Güter unter ihre Obhut nehmen, während andere des Polizeischutzes fähige, vielleicht auch bedürftige Interessen schutzlos bleiben. Und nicht zuletzt werden in der sogenannten Rechtsanwendung Staatszwecke, die ihr gewissermaßen unfertig vorliegen, determiniert und konkretisiert. Ist z. B. dem Strafgesetze nur das allgemeine Programm des Schutzes von Leben, Gesundheit, Sittlichkeit und Ehre der Menschen zu entnehmen, so zeigt sich erst an der Hand der Strafrechtspflege, w e m dieser gesetzlich vorgesehene Schutz besonders zugute kommt. Und man kann hiernach wohl sagen, daß sich, während auf der Gesetzesstufe Schutz dieser menschlichen Güter im allgemeinen der Staatszweck sei, auf der Rechtsanwendungsstufe der betreffende Staatszweck zum Schutze ganz bestimmter Menschen im besonderen fortgebildet habe. Und während aus dem Gesetz oft noch nicht zu erkennen ist, welcher Strafrechtstheorie es huldigt, wird man auf Grund der Strafjustiz meist zu erkennen in der Lage sein, der Staat verfolge im Rahmen des allgemeinen Strafzwecks durch die Person des bestimmten Richters etwa den Besserungs- oder den Abschreckungszweck. Und so ist namentlich das freie Ermessen die Pforte, durch die eine Fülle neuer, in ihrem Anwendungsgebiete zwar meist sehr begrenzter, aber inhaltlich sehr spezialisierter Staatszwecke in Rechtsordnung und Staatswesen eintreten.

Die Staatszwecke sind also nicht bloß einer transzendenten Änderung, sondern auch einem immanenten Ausbau unterworfen. Es ist nicht so, daß heute ein gesellschaftliches Interesse staatsfremd und daß es morgen schlechthin Staatszweck sei. In der Regel sind gesellschaftliche Interessen zunächst nur in sehr entferntem Grade potentielle Staatszwecke, indem eine Rechtserscheinung zunächst bloß die Möglichkeit offen läßt, daß sich aus ihr ein bestimmter Staatszweck entwickle; und es dauert oft sehr lange, ehe der fragliche Staatszweck in dem betreffenden Rechtssystem Aktualität erlangt, das heißt, ehe der Rechtserzeugungsprozeß eine Rechtserscheinung zutage fördert, die den fraglichen Inhalt (als Staatszweck) aufweist.

Von „gegebenen Staatszwecken" muß man also mit demselben Vorbehalte sprechen wie von „geltendem Rechte". Aus einem undifferenzierten Ursprunge kommend, können sie noch zu einem überaus weitgehend differenzierten Ende gelangen. Wie die Einheit

Digitized by Google

der Verfassung zur Mannigfaltigkeit der Gesetze und diese wieder zur Fülle der Rechtsanwendungsakte niedersteigt, so entfaltet sich der in der Verfassung inhaltlich ungeklärte Staatszweck in der Gesetzgebung bald zur Verfolgung öffentlicher bald privater Interessen, und in der Rechtsanwendung tritt uns eine bunte Fülle höchst verschieden orientierter Staatszwecke entgegen.

Es gibt also beim Staatszwecke kein a priori gegenüber dem Rechte, namentlich kein a priori des öffentlichen Interesses. Erst mit dem Rechte, in gleicher Stufenfolge wie das Recht, werden die einzelnen Staatszwecke geschaffen. Man kann hiernach sehr wohl verschiedene Grade von Staatszwecken unterscheiden. Diese Ordnung der Staatszwecke bestimmt sich aber nicht nach dem Gewichte der zugrundeliegenden, der vom Staate im Wege Rechtens rezipierten gesellschaftlichen Interessen, sondern nach der Rechtsform, in der ein Staatszweck auftritt, nach dem Grade der mit der Rechtskonkretisierung einhergehenden materiellen Ausgestaltung. In dieser Hierarchie der Staatszwecke ist das öffentliche Interesse nicht a priori Staatszweck, hat es nicht einmal einen Vorrang unter den Staatszwecken, sondern nur jenen Rang, der der Rechtserscheinung zukommt, in der das fragliche öffentliche Interesse vom Staate rezipiert wurde.

VI. Die Verstaatlichung.

Es gibt einen besonders nahen Grad der Beziehungen gesellschaftlicher Interessen zum Staate. Man spricht in diesem Falle von einer Verstaatlichung. Wir haben gesehen, daß schon durch die bloße Tatsache rechtlicher Regelung ein gesellschaftliches Interesse dem Staate nahegebracht, zum Zwecke des Staates erhoben wird. Die gesellschaftlichen Macht- und Besitzverhältnisse werden durch die Schutzorganisationen des Zivil- und Strafrechts zu Gegenständen des staatlichen Interesses. Im weiteren Sinne kann man auch schon diese Art „Durchrechtlichung" als eine Verstaatlichung bezeichnen. Wir wissen aber, daß dies dem allgemeinen Sprachgebrauche nicht entspräche, sondern daß sich dieser das genannte Wort für gewisse Fälle — heute noch Ausnahmefälle — von „Durchrechtlichungen" vorbehält. Für welche, darüber ist sich die juristische Lehre, welche bis heute noch keine Verstaatlichungslehe hervorgebracht hat, noch nicht recht im klaren. Es ist eines der großen Verdienste Kelsens, aufgezeigt zu haben, daß nicht — wie man

Digitized by Google

am ehesten anzunehmen geneigt ist — das Staatsorgan für die Staatshandlung kennzeichnend sein kann, weil Grenzen der Staatsorganschaft nirgends feststehen. Nach der hier vertretenen Auffassung bedeutet rechtliche Regelung staatliche Interessiertheit, und mithin konsequenterweise jede Rechtshandlung — und zwar eine Vertragserfüllung nicht weniger als ein Richterspruch — eine Staatsfunktion, wenn auch vielleicht nur im weiteren Sinne; lassen sich hiervon Staatshandlungen im engeren Sinne unterscheiden, so handelt es sich offenbar nicht um einen essentiellen, sondern nur um einen graduellen Unterschied. Als Unterscheidungsmerkmal mag man annehmen, daß bestimmte Personen, berufsmäßige Funktionäre die fraglichen Handlungen vornehmen, oder an einem sonstigen ähnlichen Kriterium die Staatshandlungen im engeren Sinne von den übrigen Rechtshandlungen unterscheiden. In der Tat wird man erfahrungsmäßig feststellen können, daß in den Fällen, wo man von „Verstaatlichung" zu sprechen beliebt, meist ein Berufsbeamtenkorps dem betreffenden Staatszwecke dient. Es ist dies, wie übrigens auch jedes denkbare andere Kriterium der Staatsfunktion, ein dem Inhalte der rechtlichen Regelung entnommenes Merkmal. Aber wiederum ist es nicht das dem Staate so verwandt gedachte öffentliche Interesse, durch das sich die Staatsfunktionen im engeren Sinne von den sonstigen Rechtsfunktionen unterscheiden. Auch private Interessen können in diese besonders nahe, über die bloße staatliche Interessiertheit hinausgehende Beziehung zum Staate treten, die uns als „Verstaatlichung" geläufig ist; und wenn es öffentliche Interessen sind, die in diese Beziehung zum Staate treten, so geschieht auch dies wieder nicht gewissermaßen kraft innerer Notwendigkeit, sondern zufolge zufälliger rechtlicher Bestimmung [16]).

[16]) Der Artikel ist lange vor dem Kriegsende verfaßt. Obwohl seither das Thema „Sozialisierung" höchst aktuell geworden ist, muß ich es mir angesichts des vorgeschrittenen Druckes versagen, die Ausführungen über dieses Thema zu ergänzen.

Digitized by Google

IX.

Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht. (Zweite Auflage.)

Seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform.

Von Herrn Privatdozenten Dr. Bühler in Breslau.

Noch ist nicht klar zu übersehen, welches die Aufgaben sind, die der deutschen Verwaltung in den nächsten Jahren und Jahrzehnten harren, aber soviel ist sicher, daß es Aufgaben gewaltiger Art sein werden, daß es sich um die Umstellung des Verwaltungsorganismus und der Verwaltungsgesetzgebung auf eine ganz neue Zeit handelt, die kaum einen Teil der bisherigen Ordnung unberührt lassen wird. Eine solche Zeit zwingt in erhöhtem Maße zur Besinnung auf die Grundfragen und läßt daher die Bedeutung von wissenschaftlichen Werken, die das Verwaltungsrecht als Ganzes zum Gegenstande haben, besonders auch für die Praktiker mehr hervortreten.

Es ist nun Tatsache, daß gerade im Verwaltungsrechte die innige Zusammenarbeit von Wissenschaft und Praxis, die sich auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes und des Strafrechts als so fruchtbar erwiesen hat, bis jetzt nicht in dem wünschenswerten Maße besteht, eine Tatsache, die sich auch bei den bisherigen Vorarbeiten für die Verwaltungsreform sehr mißlich geltend gemacht hat, bei denen, im Gegensatze zum Beispiel zur Strafrechtsreform, die Wissenschaft fast gar keine Hilfe zu bieten hatte. Soll in diesem Zustand eine Änderung eintreten, so muß zunächst einmal klar erkannt werden, worauf er beruht, warum die wissenschaftlichen Bearbeitungen des Verwaltungsrechts von der Verwaltungspraxis verhältnismäßig so wenig beachtet wurden.

Digitized by Google

Dieser Frage soll aus Anlaß der Neuauflage des führenden wissenschaftlichen Werkes, von Otto Mayers Deutschem Verwaltungsrecht [1]), etwas nachgegangen werden. Die Bedeutung dieses Werkes rechtfertigt es, daß seiner Besprechung auf diese Weise breiterer Raum gewährt wird als sonst üblich. Im Anschluß an die Besprechung selbst sollen die Möglichkeiten seiner Einwirkung auf die Praxis, namentlich in der kommenden Zeit der Verwaltungsreformen, untersucht werden.

Die erste Auflage des Werkes war 1895/96 erschienen und hat sich in einem Maße grundlegend für seine Rechtsdisziplin erwiesen, daß ihm darin kaum ein Werk aus irgend einem anderen Zweige der Rechtswissenschaft unserer Tage an die Seite gestellt werden kann. Da bleibt zunächst zu erklären, warum nun doch zwanzig Jahre vergangen sind, bis die Neuauflage herauskam. Mangelnde Nachfrage war nicht die Ursache hiervon; das Werk war schon seit Jahren vergriffen, und es wird nicht viele Bücher gegeben haben, nach deren Neuauflegung so eifrig gefragt worden ist. Vielmehr hat, wie der Verfasser im Vorworte dieser neuen Auflage uns erklärt, ein gewisses Grauen vor dem angehäuften Stoffe ihn anscheinend längere Zeit von der Neubearbeitung zurückschrecken lassen, und daß sie, einmal in Angriff genommen, noch sehr beträchtliche Dauer in Anspruch nahm, versteht man wohl, nachdem sie vorliegt. So bedauerlich die so eingetretene Verzögerung der Neuauflage war, so überwiegt nun doch bei uns die Befriedigung darüber, daß der Verfasser, der inzwischen das 70. Lebensjahr überschritten hat, sie uns noch bescherte, daß namentlich auch der zweite stark erweiterte Band trotz der Kriegszeitläufte herausgekommen ist und so gerade jetzt der gedankliche Inhalt einer Verwaltungsrechtsordnung noch einmal in mustergültiger Weise festgelegt worden ist, die jetzt in sehr vielen Stücken einer neuen wird weichen müssen.

---

[1]) Otto Mayer, Professor der Rechte in Leipzig, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, 1914, XIV u. 401 S., Preis 10 ℳ, Bd. 2, 1917, VI u. 737 S., Preis 21 ℳ. (System. Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgeg. von v. Binding, 6 Abt., 1. u. 2. Bd.) — Die Besprechung dieses Werkes war von mir hinsichtlich des 1. Bandes schon vor dem Kriege übernommen worden; Verwendung im Felde und dann die Umwälzung haben ihre Fertigstellung bis jetzt verzögert. Der Kern der folgenden Ausführungen ist übrigens in Mußestunden im Felde (in den Waldlagern des Verdun-Abschnitts) entstanden.

Digitized by Google

An äußerem Umfang ist der erste Band durch allerlei Kürzungen, hauptsächlich die Weglassung mehr staatsrechtlicher Ausführungen, um etwa 80 Seiten vermindert, der zweite dagegen trotz Weglassung des Anhanges über internationales und bundesstaatliches Verwaltungsrecht um rund 250 Seiten vermehrt worden. Diese Vermehrung ist auf ziemlich gleichmäßigen Weiterausbau fast aller dort behandelten Lehren zurückzuführen.

Für Änderungen und Erweiterungen hatten ja Gesetzgebung wie Rechtsprechung und nicht minder die Fortschritte der Wissenschaft in zwanzig Jahren in der Tat sehr großen Stoff geliefert.

Was das Gesetzgebungsmaterial betrifft, so war bei dieser 2. Auflage vor allem das in der 1. Auflage noch nicht berücksichtigte Bürgerliche Gesetzbuch und die damit verbundene Neugestaltung unseres Prozeßrechts samt der Einführungs- und Ausführungsgesetzgebung zu verarbeiten. Es ist dies eingehend und sorgfältig geschehen, und das Werk macht uns so klar, wie stark jene Kodifikation, die vermeintlich nur den Zivilisten galt, in fast alle Zweige des öffentlichen Rechtes eingriff. Die Verwaltungsgesetzgebung der beiden letzten Jahrzehnte hat sich im übrigen mehr in der Richtung des Einzelausbaus gewisser Materien als in grundsätzlichen Regelungen entwickelt, und in ihrer Berücksichtigung hat dem Verfasser die sofort zu besprechende grundsätzliche Beschränkung seiner Aufgabe eine gewisse Begrenzung ermöglicht. Dem entspricht auch die Heranziehung der Rechtsprechung, von der noch näher die Rede sein wird. Sehr bedeutsam aber hat sich in der Zwischenzeit die deutsche Verwaltungsrechtsliteratur entwickelt, und da sie bei der oben gekennzeichneten Bedeutung von Otto Mayers Werk durchweg zu ihm Stellung nahm, macht die Auseinandersetzung mit den neuen Meinungen der Wissenschaft einen sehr beträchtlichen Teil aller Änderungen in der Neubearbeitung aus. Allerdings soll von vornherein nicht verschwiegen werden, daß das Werk in ihrer Berücksichtigung nicht alle Erwartungen erfüllt. Rühmend hervorzuheben ist andererseits, daß der Verfasser, soweit er sich zu Änderungen veranlaßt sah, sich nicht leicht mit bloßen Zusätzen oder gar anmerkungsweisem Nachtragen begnügte; er hat vielmehr, an sich selbst hohe Anforderungen stellend, einen sehr großen Teil aller Paragraphen ganz neu gefaßt und so dem Werke den Ruhm hervorragender formeller Durcharbeitung aufs neue gesichert.

Digitized by Google

Zunächst einiges Allgemeine über den Charakter des Werkes. Seine Eigenart, die in der 2. Auflage durchaus gewahrt geblieben ist, läßt sich am besten dadurch kennzeichnen, daß man es eine Theorie des deutschen Verwaltungsrechts nennt, obwohl ich weiß, daß eine solche Kennzeichnung von vornherein ein gewisses Grauen vor dem Werke namentlich bei den Praktikern erregt. Der Verfasser hatte seiner ganz ähnlich angelegten und bei uns wie in Frankreich gleich beachteten Bearbeitung des französischen Verwaltungsrechts auch wirklich einen entsprechenden Titel gegeben [2]). Eine Theorie des deutschen Verwaltungsrechts stellt das vorliegende Werk in doppelter Beziehung dar. Einmal sofern es von den einzelnen Landesrechten, die für das Verwaltungsrecht bis jetzt doch vorwiegend maßgebend waren, einigermaßen abstrahiert, also sozusagen ein Durchschnittsverwaltungsrecht für die deutschen Staaten gibt, das genau so überhaupt nirgends gilt, sondern überall nur mit starken Modifikationen und Ergänzungen. Weiter aber, weil der Verfasser sich auf diejenigen Teile des Verwaltungsrechts beschränkt, die sich für die juristisch-konstruktive Darstellung in erster Linie eignen.

So ist vor allem die Darstellung der Verwaltungsorganisation von ihm weggelassen. Er sagt zur Erklärung dafür (S. 17), daß sie im Verwaltungsrecht ein einigermaßen fremdes Element darstelle, das er lieber in das deutsche Staatsrecht verweisen möchte. In Wirklichkeit gehört die Darstellung der Behördenordnung, die praktisch wichtige Fragen in großer Zahl in sich birgt, — man denke nur an die Ordnung der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihren Zuständigkeitsfragen — nicht minder aber auch eine Fülle von Problemen für die theoretische Erforschung bietet, gewiß in ein Verwaltungsrecht und wird von jedermann dort in erster Linie gesucht. Aber der Verfasser hat bis zu einem gewissen Grade schon Recht: der ganze Gegenstand ist ein Kapitel für sich, und seiner Einbeziehung in sein Werk stand vor allem die Schwierigkeit entgegen, daß sie ein sehr viel genaueres Eingehen auf das Landesrecht nötig gemacht hätte, als in seiner Absicht lag. Also nicht sowohl auf das Staatsrecht als auf das Landesverwaltungsrecht möchten wir uns in dieser Beziehung verweisen lassen.

Der Verfasser hat ferner überhaupt nicht grundsätzlich behandelt, was man wohl am ehesten unter dem „besonderen Teil" des Verwaltungsrechts versteht: die teils reichs- teils landesrechtlichen Regelungen der einzelnen Verwaltungsmaterien, die gerade in der Praxis immer im Vordergrunde stehen, also die Armen-, Wege-, Wasser-, Schulgesetzgebung, die Gesetzgebung zur Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten und von Viehseuchen, das ganze Gebiet des Gewerberechts usw., vollends die Steuergesetze. Von unseren allgemeinen Verwaltungsrechtslehrbüchern bringt überhaupt nur Meyer-

[2]) Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886. — Der Verfasser hat ferner sein Deutsches Verwaltungsrecht selbst ins Französische übertragen und in einer französischen Sammlung von Werken des öffentlichen Rechtes erscheinen lassen unter dem Titel: Le droit administratif allemand, 4 Bände, Paris 1903/6 — eine hervorragende Leistung, zumal der Verfasser, wie hier angemerkt sei, nicht etwa Elsässer, sondern Altdeutscher (geborener Bayer) ist.

Digitized by Google

Dochow einen grundsätzlich vollständigen Überblick über diese Einzelmaterien. Bei Otto Mayer werden wohl einzelne Teile dieser Lehren untersucht, so z. B. im Abschnitt über die Finanzgewalt das grundsätzlich wichtige von jedem Steuerrecht, in seinem öffentlichen Sachenrechte wichtige Stücke des Wegerechts, des Enteignungsrechts usw., aber Vollständigkeit auch nur im Überblick ist von ihm dabei nicht angestrebt, er setzt vielmehr die Kenntnis aller dieser Gesetze in recht weitgehendem Maße voraus, und in diesem Sinne ganz besonders hat sein Lehrbuch theoretischen Charakter. Gefolgt ist ihm in dieser Begrenzung der Aufgabe Fleiner, der seinem (kürzer gefaßten) Buche den treffenden Namen Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts gab. Auch Otto Mayers Werk hat den Charakter einer allgemeinen juristischen Einführung in das Verwaltungsrecht. Es muß das, wie ich glaube, namentlich für den Praktiker von vornherein klargestellt werden. Trotz dieser Beschränkung blieb für den Verfasser des Stoffes ja noch übergenug. Wenn einmal, so hat sich hier bewährt, daß in der Beschränkung sich der Meister zeigt. Die so begrenzte Aufgabe hat der Verfasser in wirklich hervorragender Weise gelöst. Die Kritik der ersten Auflage hat der Art, wie er es verstanden hat, die rechtlichen Gedanken unserer weitläufigen und zersplitterten Verwaltungsrechtsordnung darzustellen und sie zu einem wissenschaftlichen Systeme zu verarbeiten, höchste Anerkennung gezollt, und die Beurteilung der zweiten Auflage kann dahin zusammengefaßt werden, daß sie eine sehr sorgfältige Durcharbeitung des ganzen Stoffes mit Erweiterungen und Verfeinerungen in wichtigen Beziehungen bringt, sodaß das Buch dem hohen Ziele, das sich der Verfasser gestellt hat, noch wesentlich näher kommt.

Bei dem fast gänzlichen Fehlen von Vorarbeiten wäre es dem Verfasser seinerzeit kaum möglich gewesen, gleich ein fertiges System eines deutschen Verwaltungsrechts vorzulegen, wenn er nicht bei seiner Bearbeitung des französischen Verwaltungsrechts das System eines solches Rechtes handhaben gelernt hätte. An dieses hat er sich naturgemäß äußerlich in manchen Stücken angelehnt. Es ist nun aber der ersten Auflage nachgesagt worden, daß sie auch in sachlicher Beziehung in manchen Punkten französische Auffassungen in das deutsche Recht hineingetragen habe, die in Wirklichkeit dort keinen Platz hätten, und man hat namentlich in der Lehre vom öffentlichen Eigentume solche unberechtigten Übertragungen finden wollen. Aber gerade in diesem Punkte hält der Verfasser nach Prüfung aller Einwände an seiner Auffassung fest und, wie wir sehen werden, wohl mit Recht. Der ganze Vorwurf, daß diese Übertragungen zu unrichtigen Ergebnissen für das deutsche Recht geführt haben, ist überhaupt nicht berechtigt. Gewiß werden wir bei weiterem Ausbaue der deutschen Verwaltungsrechtslehre mit der Zeit namentlich zu einem erheblich anderen äußerlichen Systeme gelangen, bei dem vor allem unser einzigartig ausgebildetes Sozialrecht mehr berücksichtigt wird; aber vorläufig hat sich die von Otto Mayer versuchte Anlehnung an das französische Vorbild gut bewährt. Tatsächlich hat der Verfasser nach zwanzig Jahren bedeutsamster Entwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft an seiner grundsätzlichen Auffassung nicht viel zu ändern gefunden und das konnte ihn mit berechtigtem Stolz erfüllen.

Wenden wir uns nunmehr dem Inhalte des Werkes im einzelnen zu.

Digitized by Google

Der Verfasser teilt es in einen allgemeinen Teil ein, der in drei Abschnitten von den geschichtlichen Entwicklungsstufen des deutschen Verwaltungsrechts, den Grundzügen der Verwaltungsrechtsordnung und dem Rechtsschutz in Verwaltungssachen handelt. Der besondere Teil enthält in je einem Abschnitte die Lehre von der Polizeigewalt, von der Finanzgewalt, vom öffentlichen Sachenrechte, vom Rechte der besonderen Schuldverhältnisse und von den rechtsfähigen Verwaltungen. Vorausgeschickt sind zwei einleitende Paragraphen über den Begriff der Verwaltung und des Verwaltungsrechts sowie über die Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft.

Mit dieser Einteilung ist das System der ersten Auflage beibehalten; es ließe sich unschwer vieles gegen dasselbe geltend machen. Gegenüber dem „besonderen Teile" von Otto Mayer hat schon G. Jellinek in dieser Zeitschrift (Bd. 5 S. 304 ff.) mit Recht bemerkt, daß er doch eigentlich nur eine Fortsetzung des allgemeinen Teiles sei, und der Reihenfolge Sachenrecht — Schuldrecht — Personenrecht gegenüber wird man die Frage erheben, warum sie nicht der umgekehrten Platz gemacht hat. Im übrigen hat die Anlehnung an das System des bürgerlichen Rechtes zwar pädagogisch manches für sich, da die meisten vom bürgerlichen Rechte herkommen, wenn sie sich mit dem Verwaltungsrechte bekannt machen. Bei der Durchführung erweist es sich dann aber doch als für das Verwaltungsrecht unnatürlich. Wenn z. B. die Enteignung ganz im Sachenrechte behandelt wird, entspricht das dem nicht, daß sie ebenso viel schuldrechtliche als sachenrechtliche Fragen enthält; die besonderen Nutzungsrechte, die von Otto Mayer im Sachenrechte behandelt werden, sind so von der ihnen sehr nahe verwandten Verleihung öffentlicher Unternehmungen getrennt und namentlich bringt dieses System den Mißstand mit sich, daß das Recht der öffentlichen Anstalten zerrissen wird (beim Verfasser teils im Schuldrechte, teils im Personenrechte behandelt, mit mindestens ebenso viel Recht könnte es im Sachenrechte stehen), wodurch es in seiner großen Bedeutung nicht genügend hervortritt. Doch sind Auseinandersetzungen über Systemfragen im allgemeinen ebenso wenig fruchtbar, wie überhaupt methodische Streitigkeiten, über deren Nutzlosigkeit der Verfasser im Vorwort eine treffende Bemerkung macht. Wir begnügen uns daher zu diesen Fragen noch auf die sehr interessanten Ausführungen von Kaufmann im W. St. V. R. III S. 701 ff. zu verweisen und gehen hier gleich zur Besprechung der einzelnen Abschnitte des Buches über.

In § 1 bestimmt der Verfasser den Begriff der Verwaltung, und zwar als „Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, außerhalb der Justiz". Wiewohl das positive Element dieses Begriffs notwendigerweise sehr allgemein ist, so ist eine solche Begriffsbestimmung doch auf jeden Fall der sonst häufig vertretenen rein negativen (Verwaltung alles, was nicht Gesetzgebung und Justiz ist) vorzuziehen. Verwirklichung der Staatszwecke, das ist in der Tat die Aufgabe der Verwaltung, und man wird auf diese Umschreibung z. B. zurückgreifen müssen, wenn man den schwierigen Begriff des freien Ermessens näher bestimmen will: eine Frage nach freiem Ermessen entscheiden, heißt nichts anderes als sie so lösen, wie es die Verwirklichung der Staatszwecke erheischt (vgl. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usw. S. 89; Bühler, Die subjektiven öffentl.

Digitized by Google

Rechte S. 26). Verwaltungsrecht ist nun nicht etwa alles bei der Verwaltung zur Anwendung kommende Recht — denn die Verwaltungen von Staat und Gemeinde wenden bekanntlich auch viel Zivilrecht, Strafrecht und Prozeßrecht an —, sondern „das dem Verhältnisse zwischen dem verwaltenden Staate und den ihm dabei begegnenden Untertanen eigentümliche Recht", sagt der Verfasser jetzt (S. 14) oder, wie die 1. Auflage kürzer und eigentlich ebenso gut gesagt hatte: das der Verwaltung eigentümliche öffentliche Recht. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Rechte und Privatrecht ist also eine der Voraussetzungen von Otto Mayers System. Abgewiesen ist von ihm damit von selbst jene Auffassung, welche diesen Unterschied überhaupt ganz leugnet. Mit dieser namentlich von Kelsen vertretenen Ansicht setzt sich der Verfasser nicht näher auseinander (vgl. nur seine Bemerkung § 9 Anm. 1). Der Hauptkampf gilt bei ihm immer noch einer anderen Front: den Zivilisten, die einen großen Teil aller Verwaltungsrechtsinstitute mit mehr oder weniger Zwang privatrechtlich erklären wollen, und denen gegenüber ihre öffentlichrechtliche Konstruktion sich erst Anerkennung verschaffen mußte. Die große Arbeit, welche die 1. Auflage in dieser Beziehung geleistet hat, ist von Erfolg gewesen, wie die vorliegende Neubearbeitung zeigt (vgl. besonders das Kapitel über die Scheidung des öffentlichen Rechtes vom Zivilrechte, § 11). Das Verwaltungsrecht hat sich sein Geltungsgebiet erobert, nur noch um gewisse Stellungen geht der Streit. v. Gierke ist dabei ein besonders hartnäckiger Gegner, aber auch Laband findet sich unter ihnen häufiger als mancher vermuten möchte, und natürlich gibt auch die immer noch ausgesprochen zivilistisch orientierte Rechtsprechung des Reichsgerichts dem Verfasser Anlaß zu vieler Kritik.

Als Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft ergibt sich für Otto Mayer die Entwicklung und Zusammenordnung des ganzen Gehalts der Verwaltungsrechtsordnung an eigenartigen Rechtsideen. Es ist damit die rein juristische Behandlung des Verwaltungsrechts zum Programm erhoben; sie wird im ganzen Werke dann auch wirklich in voller Schärfe durchgeführt. In neuerer Zeit haben sich die Stimmen wieder gemehrt, welche eine solche Behandlung des Verwaltungsrechts als zu einseitig tadeln und die Weiterführung der alten staatswissenschaftlichen Methode in seiner Behandlung fordern. Dem gegenüber ist zu bemerken, daß die ausgesprochen juristische Behandlung einer Rechtsdisziplin doch eigentlich niemals ein Fehler sein kann, und daß das Verwaltungsrecht Gegenstand einer solchen doch unbedingt muß sein können. Man wird freilich fordern müssen, daß auch diese juristische Behandlung des Verwaltungsrechts dessen Stoff mit der Zeit vollständig behandelt, nicht wichtige Teile ganz beiseite läßt. Damit ist übrigens auch nicht gesagt, daß nicht die Verwaltung, auch das Verwaltungsrecht, wenn man so will (im Sinne von durch das Recht geschaffener tatsächlicher Ordnung der Verwaltung) noch Gegenstand einer andern Wissenschaft sein kann, die man Verwaltungslehre nennen mag, und die hauptsächlich den Zweck hat, diese Verwaltungsordnung nicht auf ihren Inhalt an Rechtsideen, sondern auf ihre Zweckmäßigkeit zu untersuchen. Ja, es läßt sich nicht verkennen, daß dieser Verwaltungslehre gerade für die kommenden Zeiten des Umbaus unserer innerstaatlichen Ordnung außerordentlich große und wichtige Aufgaben gestellt sind, und daß ihre ausgiebige wissenschaftliche Behandlung

Digitized by Google

dringend zu wünschen ist (vgl. Georg v. Mayr, Deutsche Juristenzeitung 1917, S. 854, ferner Stier-Somlo in dieser Zeitschrift Bd. 25 S. 89 ff.). Sie wird mit der Verwaltungsrechtswissenschaft immer ein Stück Weges gemeinsam zu gehen haben, weil diese ihr die Beschreibung des tatsächlichen Rechtszustandes, namentlich auch der Rechtsprechung, liefert; letzten Endes aber werden die beiden Wissenschaften nach Ziel und Methode entschieden auseinandergehen. Auf alle Fälle aber besteht für die Verwaltungsrechtswissenschaft kein Grund, auf die Arbeit der Verwaltungslehre mißgünstig oder auch von vornherein geringschätzig herabzusehen (in welchem Sinne z. B. die Bemerkung von Fleiner S. 45 Anm. 35 leicht ausgelegt werden könnte). Otto Mayer lag und liegt ein solches Urteil auch durchaus fern. Er hat von Anfang an erkannt, daß es sich hier um zwei verschiedene Zweige der Wissenschaft handelt, die schiedlich-friedlich nebeneinander arbeiten sollen. Seine 2. Auflage bietet aber einen interessanten Beleg dafür, wie sich die Machtverhältnisse zwischen den beiden verschoben haben: während er in der ersten, der juristischen Methode noch das Feld erkämpfen muß (vgl. S. 19 Anm. 8 der 1. Aufl.) kann er jetzt (S. 19 Anm. 10) von der Übermacht der rechtswissenschaftlichen Behandlung des Verwaltungsrechts sprechen, der gegenüber die Verwaltungslehre um ihre Anerkennung ringen müsse.

Der allgemeine Teil des Werkes beginnt mit der Darstellung der drei geschichtlichen Entwicklungsstufen des deutschen Verwaltungsrechts: Staat der landesherrlichen Hoheitsrechte — Polizeistaat — Rechtsstaat. Gerade dieser Abschnitt war eine besonders gelungene, ja, man kann wirklich sagen, eine klassische Leistung des Buches, und seine Ergebnisse sind daher auch in besonderem Maße Gemeingut der Wissenschaft geworden. Der Verfasser hat an ihm wenig zu ändern gefunden. Im Kapitel über den Rechtsstaat hält der Verfasser fest an seiner Auffassung über die Bedeutung der Trennung der Gewalten, deren juristischen Gehalt er hier und S. 80 ff. mit großer Schärfe darlegt, und er kann feststellen, daß der Widerspruch gegen diese Auffassung in der deutschen Rechtswissenschaft mehr und mehr verstummt. Der Begriff Rechtsstaat ist nach ihm eine Kennzeichnung für die Art, wie der Staat tätig ist, daß er nämlich im Gegensatze zum Polizeistaate seine Wirksamkeit in der Weise des Rechtes, hauptsächlich durch ein wohlgeordnetes Verwaltungsrecht, bestimmt. Dies ist bekanntlich die jetzt herrschende, formaljuristische Erklärung des Rechtsstaatsbegriffs. Der Verfasser beschränkt sich auf ihre nähere Darlegung und geht damit, doch nicht völlig mit Recht, ganz vorüber an der Erwähnung der älteren Rechtsstaatsidee, die mit dem Ausdrucke Rechtsstaat über die Bestimmung der Staatszwecke Auskunft geben, nämlich im Sinne des Individualismus den Staat auf Rechtssetzung und Rechtssicherung beschränken will. Ein Eingehen auf diese Auffassung, die man mit Thoma (Rechtsstaatidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts Bd. 4 S. 198) als die politische oder wohl noch besser als die staatsphilosophische bezeichnen kann, wäre gewiß nicht überflüssig gewesen; denn sie spielt, wenn sie auch gewiß als Staatsideal gerade in Deutschland unzweifelhaft überwunden ist, doch immer noch eine Rolle. Hat doch z. B. auch G. Jellinek, wenn er vom Rechtsstaate spricht, in erster Linie diese politische Auffassung im Sinne (Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl.,

Digitized by Google

S. 246 ff.), wenn er auch die andere nicht verkennt (vgl. a. a. O. S. 613). Die Folge dieser Zweiheit des Begriffs aber ist es, daß die Unklarheit über den Rechtsstaatsbegriff sich immer noch gar nicht beheben will. Man kann das namentlich an angrenzenden Wissenschaften, bei den Historikern und Nationalökonomen wahrnehmen. Eine klare Gegenüberstellung der beiden Rechtsstaatsbegriffe wäre also sehr erwünscht gewesen, um so mehr als auch Kombinationen der beiden Ideen nicht unmöglich sind (vgl. die interessanten Bemerkungen von Thoma a. a. O. S. 200; vgl. ferner Stier-Somlo, Grund- und Zukunftsfragen deutscher Politik S. 77).

Der 2. Abschnitt behandelt eine Reihe besonders wichtiger, grundsätzlicher Lehren. Er hat mannigfache Verbesserungen und in sehr vielen Stücken eine Neuformulierung, aber doch keine grundsätzliche Änderung erfahren. In der Lehre von der Herrschaft des Gesetzes und der bindenden Kraft des Verwaltungsrechtssatzes bestimmt der Verfasser den Rechtssatz, ohne sich auf die fast uferlosen jüngsten Kontroversen Kelsens u. a. über diesen Begriff einzulassen, genauer als vorher, und zwar als die schlechthin verbindliche feste Regel; damit ist, und zwar m. E. mit Recht, die Erstreckung des Begriffs auf Individualverfügungen ausgeschlossen. Die nächsten Ausführungen gelten zwei Begriffen, die als besonders glückliche Prägungen Otto Mayers anerkannt sind: dem Vorrange des Gesetzes vor jeder anderen Staatswillenäußerung und dem Vorbehalte des Gesetzes, also der Umschreibung des Kreises der Staatswillensakte, für die Gesetzesform vorgeschrieben ist. Zu der sehr schwierigen Lehre vom Vorbehalte des Gesetzes sind inzwischen eine Reihe von Einzelforschungen erschienen, es sei namentlich auf Fr. Rosin, Gesetz und Verordnung nach badischem Rechte, und Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrechte, Festgabe für Otto Mayer S. 167 ff. hingewiesen, auch auf die Ausführungen in meinem Buche „Die subjektiven öffentlichen Rechte" (1914) S. 81 ff. Die jüngste dieser Arbeiten, diejenige von Thoma, zeigt in sehr interessanter, nicht nur auf das preußische Recht sich beschränkender Untersuchung, wie zur völligen Klarlegung der ganzen Vorbehaltslehre nicht nur scharfe begriffliche Unterscheidungen, sondern auch Berücksichtigung des ganzen geschichtlichen Werdeganges des Rechtsstaats gehört. Mit dieser Vorbehaltslehre hängt aufs engste zusammen die Lehre von den Grund- und Freiheitsrechten, die fast alle unsere Landesverfassungen enthalten. Der Streit um ihre juristische Bedeutung, der jetzt wieder besonders interessiert, war lange lebhaft, schließlich überwog die Ansicht, daß sie im allgemeinen keine praktische Bedeutung mehr hätten. Auch Otto Mayer ist dieser Ansicht (S. 72), doch tritt er anderseits der Meinung entgegen, daß sie von Anfang an nur wertlose Phrasen gewesen seien. Demnach müßte in ihrer rechtlichen Bedeutung also eine Änderung eingetreten sein. In welchem Sinne und aus welchem Grunde? Die Antwort ist nicht einfach, und Otto Mayer deutet seine Auffassung auch mehr nur an (wie überhaupt bei seiner Darstellung die ganze Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht genügend hervortritt). Um zu einer klaren Antwort zu gelangen, muß zunächst die Frage entschieden werden, ob die Freiheitsrechte gegen willkürliche Beschränkung durch Verordnung oder gegen solche durch Individualverfügungen schützen sollten. Otto Mayer entscheidet sich für das letztere, und dieser

Digitized by Google

Meinung, die ich ebenfalls vertreten habe, pflichtet auch Thoma (a. a. O. S. 217) bei. An solchen Individualverfügungen kommen in erster Linie die polizeilichen in Betracht, und demgemäß hatten also die Grundrechte hauptsächlich die Funktion eines Schutzes gegenüber der Polizeigewalt. Wie stand es nun zur Zeit des Erlasses der Verfassungen mit den rechtlichen Grundlagen der Polizeigewalt, und was hat sich später geändert? Mein Lösungsversuch (a. a. O. S. 128) für diese und damit für die ganze Grundrechtsfrage ging dahin, daß die große Wandlung, die in Beziehung auf diese rechtlichen Grundlagen eingetreten ist, die Hauptursache der veränderten Bedeutung der Grundrechte ist. Nach der zur Zeit des Erlasses der Verfassungen noch durchaus vorherrschenden Auffassung war es nicht so, daß die Polizei alle ihre Akte auf eine positive gesetzliche Ermächtigung hätte zurückführen müssen, sondern ihre Macht war eine selbstverständliche und dem Umfange nach nur durch die historisch-konventionelle Auffassung des Polizeibegriffs abgegrenzt; sie fand in positiven gesetzlichen Bestimmungen nur Schranken, nicht Ermächtigungen. Das hat sich in der Folge geändert. Eine allmählich sich herausbildende schärfere Auffassung vom Rechtsstaate konnte bei jener Auffassung nicht stehen bleiben. Das preußische Oberverwaltungsgericht namentlich hat von Anfang an mit dem Grundsatze der gesetzmäßigen Verwaltung in dem Sinne ernst gemacht, daß jeder staatliche und insbesondere jeder polizeiliche Eingriff in Freiheit und Eigentum der positiven gesetzlichen Ermächtigung bedürfe. Damit hat es den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erst wirklich zu geltendem Rechte erhoben. Gewiß war dieser Grundsatz schon manches mal vorher in der Theorie geahnt und auch ausgesprochen worden — doch kaum je ganz klar und in Erkenntnis seiner vollen Tragweite gerade für das Gebiet des Polizeirechts —, und von einer wirklichen Durchführung desselben kann gerade für Preußen in der Zeit vor der Verfassung auf keinen Fall gesprochen werden[3]).

Das Oberverwaltungsgericht suchte und fand die von ihm erst geforderte gesetzliche Ermächtigung für die Polizei bekanntlich in § 10 II 17 ALR. Daß diese berühmte Bestimmung von Hause aus keine Ermächtigung sein sollte, weil es zu jener Zeit einer solchen nicht bedurfte, gibt Otto Mayer auch jetzt wieder deutlich als seine Ansicht zu erkennen (S. 84 Anm. 3 und Text dazu), auch Thoma kennzeichnet die Vorschrift als jetzt erst zur Ermächtigung gestempelt (a. a. O. S. 219).

Die neue nun zur Herrschaft gekommene Auffassung ging also dahin, daß die Polizei ganz allgemein nichts dem Bürger Ungünstiges verfügen dürfe, ohne eine positive gesetzliche Ermächtigung dafür zu haben. Es ist einleuchtend, daß die Grund- und Freiheitsrechte, welche eine selbstverständliche und gesetzlich zunächst überhaupt nicht beschränkte Macht der Polizei voraussetzen und nur in Beziehung auf gewisse wichtige Ausschnitte aus der Lebenssphäre für Eingriffe von ihrer Seite eine gesetzliche Grundlage fordern, damit hinfällig wurden. Der den Freiheitsrechten zugrunde liegende Gedanke ist überholt worden durch das erst später wirklich durchgeführte Prinzip der gesetzmäßigen

[3]) Ich halte also meine Auffassung in dieser Frage auch den Einwendungen von W. Jellinek (Archiv für öffentliches Recht Bd. 32 S. 580 ff., insbesondere S. 589) gegenüber aufrecht.

Digitized by Google

Verwaltung. Für die Bedeutung der Grund- und Freiheitsrechte in den Verfassungen gilt also allgemein, was Thoma speziell zur Erklärung des Gesetzesvorbehalts im preußischen Verfassungsrechte feinsinnig und m. E. durchaus überzeugend ausgeführt hat: die ursprüngliche Meinung des Grundgesetzes ist durch eine anders gewordene staatsrechtliche Auffassung überwachsen und gewandelt worden; wir haben es wieder mit einem Falle der „Verfassungswandlung ohne Verfassungsänderung" (G. Jellinek) zu tun[4]).

In der Lehre von den Verwaltungsrechtsquellen bilden den schwierigsten Teil die Verordnungen. Der Verfasser kann sich nicht entschließen, die Unterscheidung von Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung zum Haupteinteilungsprinzipe zu erheben, obwohl sie m. E. doch am ehesten geeignet ist, aus der sachlichen und terminologischen Unklarheit über das Verordnungsproblem, an der Wissenschaft und Praxis gleichermaßen leiden, herauszuführen (vgl. z. B. die Durchführung dieser Unterscheidung bei Meyer-Anschütz, 7. Aufl., S. 668 ff.). Ferner sei angemerkt Otto Mayers Festhalten an der Auffassung, daß Gewohnheitsrecht im Widerspruche mit der Rechtsordnung im öffentlichen Rechte nicht zulässig sei. Obwohl er mit dieser Ansicht den überwiegenden Teil der Literatur und auch einen Teil der Verwaltungsrechtsprechung für sich hat, erscheint es doch fraglich, ob nicht die gegenteilige Auffassung über die rechtbildende Kraft der Volksüberzeugung den Vorzug verdient und auch den Sieg davontragen wird. In dem, was soeben zur Frage der Grundrechte ausgeführt wurde, haben wir schon ein Beispiel für die kaum zu unterbindende Kraft des Gewohnheitsrechts, weiter sei nur hingewiesen darauf, daß das sächsische Oberverwaltungsgericht Gewohnheitsrecht als Grundlage der Polizeiverfügungsgewalt, der bayerische Verwaltungsgerichtshof es als Quelle des Besteuerungsrechts anerkennt (vgl. die bei Fleiner S. 84 Anm. 49 und 50 angeführten Entscheidungen).

Eine zentrale Stellung im Systeme des Verwaltungsrechts nimmt die Lehre vom Verwaltungsakt ein. Otto Mayers Verdienst ist es, diesen Begriff im deutschen Verwaltungsrecht überhaupt erst heimisch gemacht zu haben. Er bezeichnet als Vorbild desselben das Gerichtsurteil und lehnt sich vielleicht äußerlich etwas zu weitgehend an dasselbe an: die Begriffsbestimmung „Verwaltungsakt" ist „ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfalle bestimmt, was für ihn rechtens sein soll", trifft recht eigentlich nur für Verwaltungsakte zu, die der Form oder

[4]) Das vorstehend Ausgeführte gibt zugleich Anhaltspunkte für die Beurteilung der Bedeutung der Grundrechte in den neuen Reichs- und Landesverfassungen. Den Schutz gegen Individualverfügungen wird man als ihre Aufgabe nur insofern betrachten können, als man den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung noch oder wieder für gefährdet ansieht — und zwar nun von einer ganz anderen Seite her als früher. Die Hauptbedeutung der Grundrechte wird aber normaler Weise künftig darin liegen, daß sie Richtlinien für die Gesetzgebung darstellen, und zwar einmal mit der Wirkung einer Selbstbindung des Reichs oder der Einzelstaaten, weiter aber — und dies wird die Hauptfunktion der Grundrechte der Reichsverfassung sein — zum Zwecke der Bindung der Landesgesetzgebungen durch das Reich.

Digitized by Google

Sache nach Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten sind; für konstitutive Akte wie Konzessionsverleihungen, Aufnahme in den Staatsverband, Erteilung eines Gewerbescheins usw. liegt es uns etwas ferner, ihr Wesen darin zu sehen, daß sie erklären, was rechtens ist. Doch soll nicht behauptet werden, daß diese Anlehnung an das Gerichtsurteil Otto Mayer bei ihrer Durchführugn des Begriffs zu unrichtigen Ergebnissen geführt hat. Was er über ihn gesagt hat, hat sich vielmehr im ganzen bewährt. Die Lehre vom Verwaltungsakt ist inzwischen sehr wesentlich ausgebaut worden, vor allem durch die Arbeiten seiner Schüler W. Jellinek (Der fehlerhafte Staatsakt, 1908) und Kormann (System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910). Die Arbeiten dieser beiden werden von Otto Mayer berücksichtigt, aber man hätte doch erwartet, daß es mit Rücksicht auf ihre außerordentlich reichen Ergebnisse und darauf, daß sie ganz Otto Mayers Methode befolgen, in erheblich weiterem Umfange geschehen wäre.

Zu dem, was der Verfasser über öffentliche Rechte ausführt (§ 10), kann ich mich kurz fassen, da ich meine Ansicht über diese Fragen in meinem oben erwähnten Buche ausführlich niedergelegt habe (das dem Verfasser während des Druckes zuging, im Texte aber nicht mehr berücksichtigt werden konnte). Otto Mayer spricht zunächst von der Frage, ob es subjektive öffentliche Rechte des Staates gegen den Untertanen gebe. Er glaubt, daß die Annahme von solchen zur Erklärung des Rechtes im Rechtsstaate nicht notwendig sei, verhehlt sich aber nicht, daß sie gewisse praktische Bequemlichkeiten biete. Man möge sich also, sagt er, des handlichen Namens weiter bedienen, „nur soll man nicht glauben, gar zu viel damit gesagt zu haben". Ich bin ebenfalls der Ansicht, daß es ganz verfehlt wäre, aus der Frage einen großen Prinzipienstreit zu machen, bejahe im übrigen aber solche Rechte des Staates doch um einen Grad entschiedener (a. a. O. S. 132 ff.). Wenn die Forderung des Untertanen auf Gehalt oder Entschädigung usw. ein subjektives öffentliches Recht desselben darstellt, dann ist die Forderung des Staates auf Rückgabe zuviel gezahlten Gehalts oder seine primäre Steuerforderung doch gewiß ebenso ein Recht, und ist einmal die Bresche mit den finanziellen Ansprüchen gebrochen, so wird man auch andere Ansprüche des Staates gegen den Bürger (z. B. auf Naturalleistungen, aber auch auf Vornahme von Handlungen, wie Erscheinen zu Sitzungen usw.) anerkennen können. Daß die Stellung, die solche Rechte dem Staate geben, wesentlich stärker ist als im umgekehrten Falle, verkenne ich dabei, wie a. a. O. S. 135 ff. ausgeführt, keineswegs.

Bei der Besprechung der subjektiven öffentlichen Rechte der Untertanen geht der Verfasser einer eigentlichen Definition dieses doch immer noch nicht unbestrittenen Begriffs wieder aus dem Wege. Seine Ausführungen, die die wichtigsten Arten dieser Rechte anführen, zeigen aber, was er meint. Ich kann mich mit seiner Auffassung und den praktischen Folgerungen, zu denen er im weiteren Verlaufe des Werkes gelangt, im ganzen einverstanden erklären. Nur in der Lehre von den Gebrauchsrechten an den öffentlichen Sachen zieht er die Grenze für wirkliche subjektive Rechte, die er nur im Falle der Verleihung einer besonderen Nutzung anerkennen will, m. E. entschieden zu eng, und daß er sich gezwungen sieht, auch den andern Gebrauchsrechten eben diesen

Digitized by Google

Namen zu geben — obwohl sie nach ihm eben keine Rechte sein sollen —, scheint mir doch einigermaßen für meine Auffassung zu sprechen.

Im Abschnitt über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen nimmt den größten Teil natürlich ein die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ihre Darstellung, die ein besonders großes Maß an Kenntnis der Gesetze voraussetzt, wird in erster Linie der eigenartigen Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen gerecht. Namentlich bei Aufstellung des Begriffs der Verwaltungsgerichtsbarkeit, bei dem der Verfasser auf das Parteiverfahren abstellt, ist dies der Fall; auch in der Lehre von der Partei im Verwaltungsprozesse, die wesentlich weiter ausgebaut ist als früher, und derjenigen von der Rechtskraft trifft es zu. Die neuere Literatur, auch die zivilprozessuale und die Rechtsprechung, namentlich des preußischen Oberverwaltungsgerichts, sind hier eingehend berücksichtigt. Dasselbe gilt von der Darstellung der Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung, wo nicht nur die Prozeßgesetzgebung im Anschluß an das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern auch die Literatur in der Zwischenzeit viel Neues gebracht hatte. Eindringend sind sodann die Untersuchungen über die Haftung für rechtswidrige Amtshandlungen. Daß hier auch einmal von öffentlichrechtlicher Seite die einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gründlich beleuchtet worden sind, dafür werden die Zivilisten dem Verfasser besonderen Dank wissen.

Im Besonderen Teile steht voran die Lehre von der Polizeigewalt. Ihre Darstellung in der ersten Auflage hatte eine Leistung dargestellt, deren Schwierigkeit wir uns jetzt kaum mehr bewußt werden. Bei der Fülle des Materials aus der Rechtsprechung und älteren Literatur und dem fast gänzlichen Mangel einer wirklichen Verarbeitung hatte die Gestaltungskraft des Verfassers hier einen besonders schwierigen, aber auch besonders dankbaren Gegenstand gefunden. Was er uns gab, war die erste und gleich vollwertige Darstellung der Polizeilehre nach den Gesichtspunkten des modernen Verwaltungsrechts. In der neuen Auflage ist die inzwischen ergangene Rechtsprechung, namentlich des preußischen Oberverwaltungsgerichts, eingehend berücksichtigt. Zu grundsätzlichen Veränderungen im Texte hat sich der Verfasser auch hier nicht veranlaßt gesehen. Das Polizeirecht ruht in den wichtigsten deutschen Bundesstaaten auf durchaus ähnlichen Grundgedanken und eignet sich daher auch weitgehend für eine Darstellung von der Art Otto Mayers. Dennoch zeigt ein Blick auf die landesrechtliche Literatur, z. B. Friedrichs, Polizeigesetz und Thoma, Polizeibefehl im Badischen Rechte, wie wenig ein solches allgemeines Polizeirecht, selbst wenn es verhältnismäßig eingehend ist, für die Wissenschaft wie für die Praxis landesrechtliche Darstellungen entbehrlich macht. Die Fortbildung des allgemeinen Polizeirechts in Otto Mayers Sinne, welche W. Jellineks Gesetz, Gesetzesanwendung usw. (1913) in ihrem zweiten Teile darstellt, ist von Otto Mayer noch wenig berücksichtigt, und zu dem ganzen Abschnitte, namentlich seinen geschichtlichen Teilen, wäre jetzt zu vergleichen die zusammenfassende Darstellung von Wolzendorff, Der Polizeigedanke im modernen Staate, 1918.

Im Abschnitte von der Finanzgewalt untersucht der Verfasser ohne Eingehen auf einzelne Steuergesetze die rechtliche Natur des Finanzbefehls, der Finanzstrafe und des Finanzzwanges. Es ist ebenfalls ungemein viel, was

Digitized by Google

Otto Mayer in der Aufdeckung bisher unbeachteter Rechtsgedanken und neuer Konstruktionen hier auf einem bis dahin stark vernachlässigten Gebiete mit der ersten Auflage geleistet hat und nun erheblich ergänzt und in manchen Beziehungen vertieft wiedergibt. Bei der bisher schon großen und für die Zukunft noch unvergleichlich größeren Bedeutung des Staatsfinanzwesens ist der Ausbau eines selbständigen Finanzrechts eine der dringendsten Forderungen an die Wissenschaft vom öffentlichen Rechte. Otto Mayer hat für diese neue Rechtsdisziplin einen allgemeinen Teil geliefert, der eine wesentliche Vorarbeit für ihren Ausbau darstellt.

Der zweite Band, zugleich das zweite Buch des Besonderen Teiles, bringt zunächst das öffentliche Sachenrecht. Es beginnt mit der Lehre von der Enteignung, der zu ihrer richtigen Stellung im öffentlichen Rechte und zu einer klaren Durchführung als öffentlichrechtliches Institut verholfen zu haben, eines der Verdienste der ersten Auflage war. Was Otto Mayer nun über die Fortschritte der Lehre berichten kann, zeigt, wie außerordentlich befruchtend auch hier seine ersten Anregungen gewesen sind.

Mit besonderem Interesse konnte man dem sich anschließenden Kapitel über das öffentliche Eigentum in dieser Auflage entgegensehen, weil es sich hier um die am meisten angefochtene von Otto Mayers Lehren handelt. Seine Auffassung geht hier dahin, daß die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen — zu denken ist vor allem an Straßen, Plätze, das Bett öffentlicher Flüsse — nicht nur hinsichtlich der Gebrauchsrechte an ihnen dem öffentlichen Rechte unterstehen, sondern überhaupt in jeder Beziehung, daß namentlich auch kein bürgerlichrechtliches Eigentum der Verwaltungsträger an ihnen besteht, sondern daß auch dessen Sachherrschaft sich nach dem öffentlichen Rechte bestimme; das ist das Wesen des öffentlichen oder genauer öffentlichrechtlichen Eigentums. Allerdings eine etwas kühne Lehre für die Zeit, in der die erste Auflage erschien; enthielt sie doch einen Einbruch in einen Teil des Privatrechts, den man zu den am festesten gefügten zählen möchte. Kein Wunder daher, daß sie zunächst fast allgemeine Ablehnung fand. Nicht nur zeigten die Zivilisten kein Verständnis für sie, sondern auch Publizisten lehnten sie ab, so namentlich Fleiner (S. 330 ff.) und in eingehender Untersuchung H. Schelcher, Fischers Zeitschrift Bd. 31, 1906, S. 1 ff. *), ferner auch unter Betonung der grundsätzlichen Bedeutung der Frage Kaufmann, WStVR. Bd. 3 S. 707; ja das sächsische Oberverwaltungsgericht hat sich, was für Otto Mayer besonders schmerzlich sein muß, nachdem es eine Zeitlang seine Auffassung sich aneignen zu wollen schien, in einem Urteile vom Jahre 1910 ausdrücklich von ihr wieder abgewendet (S. 84 N. 19).

Otto Mayer hat sich nicht beirren lassen, er hält seinen Standpunkt durchaus fest, er bezeichnet diese Lehre jetzt — und zwar mit vollem Rechte — als den Schlußstein seines ganzen Gebäudes, als die letzte Position, die es noch zu nehmen und zu sichern gelte. Demgemäß hat er nun die Begründung seiner Lehre noch weiter ausgeführt und vertieft, er wendet alle Mittel seiner feinen, scharfen Darstellung an, um den Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung zu erbringen. Und ich halte ihn in der Tat im wesentlichen für erbracht.

*) Vgl. hierzu auch Verwaltungsarchiv im laufenden Bande oben S. 235 ff. — Die Schriftleitung.

Digitized by Google

Sehen wir etwas näher zu. Die Einwände gegen Otto Mayers Auffassung gingen meist davon aus, daß er hier eine im französischen Rechte allerdings eingewurzelte und dort auf dem Rechtsinstitute des domaine public beruhende Lehre allzu mechanisch in das deutsche Verwaltungsrecht übertragen habe, ohne dessen Besonderheiten genügend zu würdigen. Obwohl diese Behauptung von einem ziemlich großen Chore wiederholt wurde, ist sie doch, wie Otto Mayer jetzt nachweist, nicht begründet. Denn diese Lehre ist von ihm durchaus selbständig behandelt worden, so selbständig, daß interessanterweise Jèze bei seiner Bearbeitung des französischen Verwaltungsrechts (S. 243) sich auf Otto Mayers für das deutsche Recht vertretene Ansicht über die Voraussetzungen der Zugehörigkeit einer Sache zum öffentlichen Eigentume beruft. Im übrigen zeigt uns Otto Mayer den Gang der Entwicklung dessen, was er öffentliches Eigentum nennt, in den verschiedenen Epochen der Vorgeschichte unseres Verwaltungsrechts in der neuen Auflage nun ausführlicher als vorher. Aus diesen geschichtlichen Darlegungen, die wieder eine der meisterhaften Skizzen dieser Art darstellen, geht aber hervor, daß, wenn man überhaupt nach dem Einflusse fremden Rechtes auf Otto Mayers Auffassung in diesem Punkte suchen will, man das römische Recht viel eher als das französische heranziehen muß, wie denn auch die Romanisten Neuner (Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866) und Eisele (Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, 1873) die ersten waren, die im Grunde dieselbe Auffassung als für das geltende Recht maßgebend vertreten haben[1a]). Aber Otto Mayer stützt seine Theorie, die in Wirklichkeit mehr als nur eine Theorie ist, auf nichts Anderes als die bestehenden Rechtseinrichtungen, und zwar gilt das für das französische wie für das deutsche Recht.

Zugegeben wird ja auch bei uns allgemein, daß die öffentlichen Sachen in den allermeisten Beziehungen dem öffentlichen Rechte unterstehen, daß also einerseits Nutzungsrechte an ihnen bestehen, die das bürgerliche Recht nicht kennt — Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und besondere Nutzungsrechte unterscheidet Otto Mayer —, anderseits die Rechte an fremden Sachen, die das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, also die Belastung mit Dienstbarkeiten, Pfandrechten, Reallasten usw. nicht möglich sind, ja daß wegen ihrer Verkehrsentzogenheit — um eine der glücklichen Verdeutschungen Otto Mayers zu gebrauchen — auch von den das Grundeigentum betreffenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs die meisten keine Anwendung finden. Für die Anwendung des bürgerlichen Rechtes auf solche öffentlichen Sachen bleibt also von vornherein höchstens ein ganz schmaler Raum, was von den Vertretern der herrschenden Meinung wohl nicht bedacht wird, wenn sie behaupten, daß „grundsätzlich" die öffentlichen Sachen den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unterliegen. Aber es muß in der Tat die Frage entschieden werden, ob über-

[1a]) Das Erscheinungsjahr dieser Schriften, die Otto Mayer S. 89 Anm. 19 anführt, ist bei ihm nicht angegeben, obwohl es doch in solchen Fällen etwas sehr Wesentliches ist. Auch sonst macht sich in seinen Zitaten zu geschichtlichen Ausführungen das Fehlen der Angaben über das Erscheinungsjahr sehr mißlich fühlbar (vgl. namentlich § 4, Polizeistaat), zumal auch ein allgemeines Literaturverzeichnis dem Werke nicht beigegeben ist.

Digitized by Google

haupt, wenn auch mit praktisch noch so wenig Konsequenzen — das bürgerliche Recht das im Zweifel auf sie anzuwendende Recht ist. Daß die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs von dieser Annahme ausgegangen sind, ist wohl zu glauben, aber nicht ausschlaggebend. Die wichtigere Frage ist, ob ihre Annahme im Gesetz einen bindenden Ausdruck gefunden hat. Dafür läßt sich aber nichts Stichhaltiges beibringen. Allenfalls kommt in Betracht § 90 GBO., der für die rein öffentlichen Sachen — aber zugleich auch überhaupt für alle Grundstücke des Fiskus und der öffentlichen Korporationen — die Befreiung vom Buchungszwange vorsieht. Dieser Bestimmung braucht man aber, soweit sie die rein öffentlichen Sachen betrifft, keine andere Bedeutung zuzumessen als sonstigen unnötigen, aber auch unschädlichen Vorbehalten im Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch; ihretwegen braucht die Lehre vom öffentlichen Eigentume sicher nicht aufgegeben zu werden. Aber Schelcher und mit ihm Fleiner weisen auf andere Konsequenzen hin, die auch in den einschlägigen Entscheidungen des sächsischen Oberverwaltungsgerichts eine Rolle gespielt haben: Schadensersatzansprüche einerseits des Staates gegen denjenigen, der die Straße beschädigt, anderseits des Bürgers gegen den Staat wegen mangelhafter Straßenunterhaltung sollen doch sicher nach bürgerlichem Rechte und vor den bürgerlichen Gerichten ausgetragen werden, und das gehe nur bei Annahme von Privateigentum an der Straße. Gerade das letztere ist aber in Wirklichkeit nicht stichhaltig, und damit fällt dieser ganze Gegenbeweis zusammen. Das Deliktsrecht steht nämlich tatsächlich besonders und ist nun einmal durchaus bürgerlichrechtlich ausgestaltet, auch soweit die Pflichten oder Rechte, die schuldhaft verletzt werden, öffentlichrechtlicher Natur sind. Wir sehen das am Beamtenrecht und am Staatshaftungsrechte, wo Verletzung der Amtspflicht, sogar bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, so sicher deren Handhabung an sich eine Sache öffentlichen Rechtes ist, doch zivilrechtliche Folgen hat (vgl. darüber Otto Mayer Bd. 1 S. 192). So kann auch schuldhafte Verletzung der Pflichten zur Unterhaltung des öffentlichen Eigentums und anderseits rechtswidrige Schädigung des öffentlichen Eigentums — das ja auf alle Fälle unter die „anderen Rechte" von § 823 BGB. fällt —, unter die die zivilrechtlichen Bestimmungen fallen, ohne daß deshalb die Natur dieser Eigentumsrechte selbst auch privatrechtlich sein müßte.

Macht man sich das klar, dann wird man allerdings erkennen, daß die praktische Bedeutung der Frage abermals um ein Stück kleiner geworden ist. Übrig bleiben hauptsächlich Fragen wie die, wie solches Eigentum zu übertragen ist, wenn sie einmal ausnahmsweise doch in Verkehr kommen. Es ist daher bedeutsam, daß gerade in diesem Punkte das Reichsgericht neuestens (Entscheidungen Bd. 80 S. 123) einen Standpunkt einnimmt, der demjenigen von Otto Mayer durchaus entspricht, indem es privatrechtliches Eigentum des Staates am Flußbette leugnet und doch ein Eigentum desselben, das ohne Auflassung übertragen werden könne, annimmt. Otto Mayers öffentliches Eigentum ist hier bis auf den Namen durchaus anerkannt, und auf alle Fälle ist mit dieser Entscheidung verneint, daß das Bürgerliche Gesetzbuch ein positiv rechtliches Hindernis für die grundsätzliche Anerkennung seiner Auffassung bedeute. Was aber den Mangel von Grundbüchern für die Verlautbarung der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen betrifft, so ist aller-

Digitized by Google

dings bis jetzt erst der Anfang mit solchen gemacht worden (vgl. die Wasserrechtsbücher, Baulastenbücher usw.), die kommende Verwaltungsgesetzgebung wird diese Ansätze aber sicher weiter führen, und auf jeden Fall ist zwar die Beseitigung der Unvollkommenheit dieser Ordnung eine Forderung der Zukunft, nicht aber ihre Mangelhaftigkeit ein Beweis für das Nichtvorhandensein des öffentlichen Eigentums. Als wichtigster Grund, der gegen die Anerkennung des öffentlichen Eigentums spricht, bleibt, daß eine Reihe von wege- und wassergesetzlichen Bestimmungen die privatrechtliche Auffassung des Gesetzgebers deutlich erkennen lassen (vgl. die Nachweise bei Kaufmann a. a. O. S. 707), so namentlich solche des preußischen Rechtes. Es geschieht dies zwar nicht in der Weise, daß dem Staate ausdrücklich das Privateigentum zugesprochen würde; es wird vielmehr, so namentlich auch im preußischen Wassergesetze von 1913, meist nur von Eigentum schlechtweg gesprochen, und es bestünde an sich kein zwingender Grund, darunter nicht auch das öffentliche Eigentum zu verstehen. Aber in Bestimmungen wie z. B. der des § 8 Abs. 5 preuß. Wass.Ges.: „Der Anteil des Anliegers am Wasserlauf ist Bestandteil des Ufergrundstücks" hat die privatrechtliche Auffassung des Gesetzgebers vom Eigentum am Wasserlaufe doch unzweideutigen Ausdruck gefunden. Andererseits ist doch gerade auch das preußische Wassergesetz durchaus nicht imstande gewesen, diese privatrechtliche Auffassung irgend folgerichtig durchzuführen, so daß sich die Kommentare in sehr gekünstelten Ausführungen über das Wesen oder Unwesen dieses Eigentums ergehen und bei einer Besprechung ihre verschiedenen Ansichten Waldecker (Kritische Vierteljahrsschrift 1915/16 S. 151 ff.), der Otto Mayers Lehre vom öffentlichen Eigentum im übrigen nicht zu billigen scheint, sich auch veranlaßt sieht, von einem „Eigentum" zu sprechen, „das keines ist", nur insoweit angängig wie ein solches behandelt werden soll.

So kommen wir denn zu dem Ergebnisse, daß die ganze Frage nach dem öffentlichen Eigentume bei dem jetzigen Stande der Gesetzgebung und Wissenschaft allerdings weder im einen noch im anderen Sinne zweifelsfrei entschieden werden kann. Einige von den vielen Gesetzen verschiedener Gesetzgeber haben die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse in gewissen namentlich formellen Beziehungen privatrechtlich ausgestaltet, andere aber nicht und gerade in den materiell wichtigsten Beziehungen ist tatsächlich von fast allen Gesetzen das öffentliche Eigentum verwirklicht. Aus diesem Grunde wird man sagen müssen: Otto Mayers Auffassung wird dem jetzt schon geltenden Rechtszustand im ganzen doch mehr gerecht als die entgegengesetzte. Es ist kaum daran zu zweifeln, daß sich seine Lehre mit der Zeit völlig durchsetzen wird, und auf alle Fälle wird man bei der kommenden Neuordnung unseres Verwaltungsrechts gut tun, sich von vornherein auf seinen Standpunkt zu stellen.

Im Abschnitt über die besonderen Schuldverhältnisse behandelt Otto Mayer die öffentliche Dienstpflicht, die öffentlichen Lasten, die Verleihung öffentlicher Unternehmungen, die öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung und die öffentliche Entschädigung. Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Dienstpflicht waren schon vor ihm mannigfach, aber fast ausschließlich von Zivilisten behandelt worden. Da war es nun geradezu erstaunlich anzusehen, wie die ganze Lehre ein völlig anderes Gesicht gewann, als sie von Otto Mayer

Digitized by Google

in das richtige System gestellt und unter neuen Gesichtspunkten durchforscht wurde. Unter öffentlicher Dienstpflicht faßt er zusammen die Dienstpflicht bei Anstellung im Staatsdienste, das übernommene Ehrenamt und die Zwangsdienstpflicht. Einen Hauptfall der letzteren bildet die Heeresdienstpflicht, und von ihr sei ein Punkt herausgehoben, der unter den jetzigen Umständen besonderes Interesse verdient. In Beziehung auf den Soldaten vertritt nämlich Otto Mayer (S. 366) noch schärfer, als es Laband getan hatte, den Standpunkt, daß er keinerlei Rechtsansprüche gegen die Heeresverwaltung habe. Was der Staat für seine Ernährung, Bekleidung usw. tue, sei nur Verwaltungstätigkeit um der Staatszwecke willen, es sei für den Soldaten nur Pflicht, nicht Recht, „daß er den guten warmen Rock anziehe und das nahrhafte Kommisbrot zu sich nehme". Bei den zahlreichen Lesern des Buches, die soeben einige Jahre lang diesen schönen Pflichten obgelegen haben, wird diese Auffassung geradezu stürmischen Widerspruch hervorrufen. Ihnen wird da zunächst die berühmte „Löhnungsfrage" einfallen, die jeder Kompagnieführer nach erfolgter Löhnung an die versammelte Mannschaft zu richten hat: ob jemand noch eine Forderung an Geld, Lebensmitteln oder sonst etwas an die Kompagnie zu stellen habe; sie werden sich ferner an die im Soldatenleben alltägliche Unterscheidung dessen erinnern, was dem Truppenangehörigen „zusteht", von dem, was er darüber hinaus bekommen kann, wenn es gerade gut geht, was er aber nicht verlangen kann. Sollte dieser feste Sprachgebrauch wirklich sinnlos sein? Es liegt tatsächlich kein Grund vor, das anzunehmen und die Rechtsnatur all dieser Ansprüche zu leugnen. Gewiß, klagbar sind diese Ansprüche nicht, aber das ist, auch nach Otto Mayer selbst, kein unbedingtes Erfordernis. Das Rechtsmittel, das im Militärdienstverhältnisse für ihre Verfolgung vorgesehen ist, ist die Beschwerde. Aber es gibt ja auch im Zivil- und Strafprozeßrecht Ansprüche öffentlichrechtlicher Natur genug, die nur durch Beschwerden geltend gemacht werden können. Und wenn Otto Mayer gar für das Heer der Versorgungsansprüche, die jetzt durchgeführt werden, die Rechtsnatur leugnen will, so wird er mit dieser Auffassung doch kaum mehr irgend welche Gefolgschaft finden.

Nach der Darstellung der öffentlichen Dienstpflicht folgen Untersuchungen über die öffentlichen Lasten (Gemeinlasten, Vorzugslasten und Verbandslasten), die Verleihung öffentlicher Unternehmungen und die öffentliche Anstaltsnutzung. Inhaltlich sind auch die Untersuchungen dieser drei praktisch sehr wichtigen Kapitel ohne grundsätzliche Änderungen weiter ausgeführt und ergänzt worden.

Den Abschluß der Darstellung der Schuldverhältnisse bildet die Lehre von der öffentlichrechtlichen Entschädigung oder ausgleichenden Entschädigung, wie der Verfasser jetzt sagt. Auch mit ihr wird sein Name immer in besonderem Maße verbunden sein, denn er hat mit seiner Auffassung in dieser Frage nicht nur der Wissenschaft neue Bahnen gewiesen, sondern auch auf die Praxis erheblichen Einfluß ausgeübt.

Das Problem war gleichzeitig mit Otto Mayers erster Auflage in Angriff genommen worden durch Anschütz mit seiner Abhandlung über den Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt (in dieser Z. Bd. 5 S. 1 ff.), die sich aber auf das

Digitized by Google

preußische Recht beschränkte. Die beiden unabhängig voneinander entstandenen Untersuchungen kamen zu entgegengesetzten Ergebnissen. Während nämlich Anschütz einen allgemeinen Ersatzanspruch des Bürgers gegen den Staat wegen Auferlegung eines besonderen Opfers leugnete, wollte Otto Mayer allgemein für das deutsche Recht einen solchen Anspruch anerkennen und nur Kriegsschäden und Justizschäden generell von ihm ausgenommen wissen. Er bezeichnete diesen Anspruch in der ersten Auflage entschieden als gewohnheitsrechtlich entstanden; jetzt will er ihn — ohne daß recht einzusehen wäre warum — lieber als allgemeinen Rechtsgrundsatz, als Billigkeitsrecht betrachtet wissen, das der Sache nach stark an das alte Naturrecht erinnere (Bd. 2 S. 531 ff.). Die entgegengesetzte Meinung, der auch Fleiner (S. 285) beitrat, bestreitet das Bestehen eines Gewohnheitsrechts, weil es an der dazu nötigen allgemeinen Rechtsüberzeugung fehle. In Wirklichkeit ist diese zweite Meinung stark von der Erwägung beeinflußt, daß der Satz leicht allzu nachteilige Folgen für die Staatsfinanzen haben könnte, ja sie operiert (so Anschütz) mit der Behauptung, es könnte dadurch dem ganzen Verhältnisse des Bürgers zum Staate der Stempel eines überwundenen Individualismus aufgeprägt werden. Diese Befürchtungen nun sind auf alle Fälle sehr übertrieben, denn der ganze Geltungsbereich des Satzes ist durch Sonderregelungen auf dem Gebiete des Wasserrechts, Baurechts, Gewerberechts usw., die Entschädigungen für einzelne Fälle vorsehen, schon jetzt stark eingeengt und wird es noch mehr werden. Diese Sonderregelungen wirken unzweifelhaft der Anerkennung eines allgemeinen Entschädigungsanspruchs entgegen, indem sie ihn weniger notwendig erscheinen lassen und das argumentum e contrario nahelegen. Aber Otto Mayer dürfte darin doch Recht haben, daß dieser Rückschluß zurzeit noch nicht zu ziehen ist. Auch was er den positivrechtlichen Beweisgründen von Anschütz gegenüber einwendet, namentlich betreffend die Bedeutung der preußischen Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831, erscheint begründet. Wesentlich bestärken mußten Otto Mayer in seiner Ansicht eine Anzahl von Reichsgerichtsentscheidungen, die seiner Auffassung sehr nahekommen, so namentlich die Entscheidungen Bd. 41 S. 142 und 192, bei denen wegen Beeinträchtigung eines Fischereirechts durch Strombauten und wegen Schädigung des Eisenbahnbetriebs durch gesetzliche Maßnahmen eine Entschädigung zugesprochen wurde; sodann Entscheidung Bd. 79 S. 427, die bei Patentverletzung durch die Marine Entschädigung zusprach. Ferner hat das sächsische Oberverwaltungsgericht Otto Mayers Lehre unter ausdrücklicher Berufung auf ihn übernommen.

Man kann auf Grund dessen sagen, daß Otto Mayers Auffassung in dieser wichtigen Frage mindestens in siegreichem Vordringen ist. Er hat sie nun übrigens noch in wichtigen Punkten verbessert, indem er alle polizeilichen Eingriffe genauer ausscheidet (Bd. 2 S. 560) und die Entschädigung weiter auf diejenigen Fälle beschränkt, wo es sich um Eingriffe zugunsten eines öffentlichen Unternehmens handelt (Bd. 2 S. 537), zwei Einengungen, die geeignet sind, die Bedenken wegen allzuweit reichender Konsequenzen der Lehre wesentlich abzuschwächen. Das Gebiet der Justizschäden ist inzwischen durch die Reichsgesetze vom 20. Mai 1898 und vom 14. Juli 1904 besonders geregelt worden; wegen der Kriegsschäden oder, wie Otto Mayer auf

Digitized by Google

Grund der jetzigen Erfahrungen genauer sagt, der durch Kampfhandlungen verursachten Schäden, bleibt er dabei, ein besonderes Gesetz zu verlangen, wenn Entschädigungspflicht anerkannt werden soll; dies wird mit den jetzigen Kriegsschäden, namentlich auch den durch Fliegerbomben entstandenen, ja auch so gehalten. Otto Mayer hat demnach in diesem Punkte ebenfalls richtigen Blick bewiesen. Die schwierige Lehre ist so von ihm aufs beste gefördert worden, ohne daß natürlich alle Schwierigkeiten geräumt wären. Beispielsweise macht auch die Unterscheidung Schwierigkeiten, wann ein Akt auf Gesetz und wann er auf Verwaltungsakte beruht, vgl. darüber Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 79 S. 64. Aus Anlaß der Neuordnung des öffentlichen Rechtes wird sich doch eine gesetzliche Regelung der Frage empfehlen. Auch wenn sie nicht im Sinne Otto Mayers ergehen sollte, wird sie an seinen Untersuchungen die wertvollste Vorarbeit finden.

Das Personenrecht ist vom Verfasser, entgegen allem Brauche, an letzter Stelle behandelt. Es trägt jetzt den Titel: die rechtsfähigen Verwaltungen und weist auch inhaltlich starke Umgestaltungen auf. Etwas wesentlich Neues bringt gleich die zuerst kommende Untersuchung über die juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechtes.

Wenn man von juristischen Personen spricht, so denkt der deutsche Jurist in erster Linie immer an den Staat; der war auch in Otto Mayers erster Auflage als der Prototyp der juristischen Personen erschienen. Es wird daher für denjenigen, der die öffentlichrechtliche Literatur der letzten Jahre nicht genau verfolgt hat, eine Überraschung sein, zu hören, daß Otto Mayer jetzt dem Staate die Eigenschaft einer juristischen Person abspricht. Er hatte diese Auffassung in einer Abhandlung über „Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Rechte" in der Festgabe für Laband, 1908, Bd. 1 S. 1 ff., schon dargelegt und ausführlich begründet. Dort hatte er auch den ziemlich überraschenden Nachweis erbracht, daß die uns jetzt so geläufige Vorstellung des Staates als juristischer Person, die allerdings für das römische Recht klar nachweisbar ist, in der deutschen Rechtswissenschaft doch erst zurückgeht auf eine in den Göttinger gelehrten Anzeigen im Jahre 1837 erschienene wichtige Rezension von Albrecht. In der Folge hatte diese Auffassung dann, zusammenfließend mit der auf dem Boden des Privatrechts erwachsenen Persönlichkeitstheorie die kaum noch bestrittene Herrschaft erlangt. Otto Mayer gehört nun nicht zu denjenigen, welche die ganze Persönlichkeitslehre grundsätzlich ablehnen. Er steht vielmehr bei seiner Darlegung des Wesens der juristischen Person, und zwar auch speziell im öffentlichen Rechte, im wesentlichen auf ihrem Boden. Nur gerade für den Staat glaubt er eine juristische Persönlichkeit nicht annehmen zu können, und zwar, kurz gesagt deshalb, weil der Staat zu groß sei, um in eine von ihm erst geschaffene für die unter ihm stehenden Körperschaften bestimmte Form selbst auch hineingepreßt zu werden (Festgabe für Laband S. 4 ff.). In seinem Verwaltungsrechte (Bd. 2 S. 588 ff.) legt er nun den Hauptnachdruck darauf, daß bei Anerkennung einer juristischen Person Staat diese künstliche Person neben den Träger der Staatsgewalt (Fürst, Fürst und Volk, Volk allein) treten würde, und das sei eine gewaltsame Verschiebung der wahren Sachlage, welche deutsche Professoren mit ihrer im Laufe des 19. Jahrhunderts gemachten Entdeckung

Digitized by Google

in Wirklichkeit nicht haben zu Wege bringen können. „Der Souverän ist nach wie vor Träger der Staatsgewalt zu eigenem Rechte, folglich ist es der Staat nicht, folglich hat es keinen Zweck, ihn eine echte juristische Person zu nennen."

Es ist kaum anzunehmen, daß Otto Mayer mit dieser Auffassung viel Anklang finden wird (gegen sie inzwischen schon Anschütz in Meyer-Anschütz, 7. Aufl., S. 15 Anm. b), und man kann sie auch schwerlich zu seinen glücklichen Entdeckungen zählen. Allerdings ist zuzugeben, daß auf dem Gebiete des innerstaatlichen Verfassungsrechts die Frage ihre Besonderheiten hat. Dort handelt es sich aber auch nicht um subjektive Rechte, als deren Träger wir immer eine Person fordern müssen, sondern um Kompetenzen. Aber schon wenn wir das Verhältnis von Staat und Gemeinde, von Staat und Kirche klarlegen wollen, kommen wir ohne den Begriff des Rechtssubjekts Staat schlechterdings nicht mehr aus, und noch mehr gilt das für das eigentliche Verwaltungsrecht. Wir müssen doch ein Subjekt — einmal für die Rechte der Staatsgewalt gegen den Untertanen haben (solche Rechte bejaht ja Otto Mayer nicht ganz entschieden, vgl. das oben S. 294 Gesagte) — noch mehr für die Verpflichtungen des Staates, die den subjektiven öffentlichen Rechten der Untertanen gegen den Staat entsprechen. Alle Rechtsschutzansprüche, Ansprüche auf Gehalt oder sonstige finanzielle Leistungen des Staates, auf Leistungen anderer Art, wie sie im Wegerechte, Schulrechte, Militärrecht usw. auf Schritt und Tritt uns begegnen, sind doch gar nicht konstruierbar ohne ein Rechtssubjekt Staat. Es ist doch nun eigentlich nur im Sinne Otto Mayers selbst gesprochen, wenn man einen Begriff, der von der Wissenschaft und Praxis so unbedingt gefordert wird, als wirklich gegebenen einsetzt. Aus der Gesetzgebung lassen sich ja Beweise für die Notwendigkeit seiner Annahme ebenfalls unschwer beibringen, vgl. nur § 89 BGB. Gewiß haftet diesem Begriff etwas Künstliches an, aber es ist doch z. B. die Vorstellung, daß der allmächtige Staat vor seinen eigenen Zivilgerichten als gleichberechtigte Partei Recht nimmt, nicht weniger künstlich und uns doch längst in Fleisch und Blut übergegangen. So können wir denn nur sagen, daß in dieser ganzen Frage die neue Auffassung Otto Mayers keinen Fortschritt bringt, sondern eher eine Art wissenschaftlicher Entgleisung darstellt, und wir bezweifeln nicht, daß die in der ersten Auflage vertretene Auffassung auch ferner das Feld behaupten wird.

Anschließend an die Betrachtungen über die juristische Persönlichkeit im allgemeinen hat der Verfasser, was sehr zu begrüßen ist, den drei wichtigsten Typen der rechtsfähigen Verwaltungen, nämlich der rechtsfähigen öffentlichen Anstalt, der öffentlichen Genossenschaft und der Gemeinde nunmehr je eine selbständige Untersuchung gewidmet. Was die öffentliche Anstalt betrifft, so waren praktisch sehr wichtige Teile ihres Rechtes unter dem Titel öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung schon im Rechte der Schuldverhältnisse behandelt worden, so daß nur zu besprechen blieben Entstehung, Änderung und Verfassung derjenigen Anstalten, die eigene Rechtspersönlichkeit haben. An der Entwicklung des ganzen Anstaltsrechts hat die Rechtswissenschaft angesichts des Schweigens der Gesetzgebung einen besonders wichtigen Anteil gehabt. Die Bedeutung der ganzen Lehre tritt neuerdings immer mehr hervor und ihre ausführliche Berücksichtigung beim Verfasser, der auch Anstalten

Digitized by Google

wie die Universitäten und die Reichsbank eingehend berücksichtigt, war daher sehr angebracht.

Ist bei der öffentlichen Anstalt das sachliche Substrat, ein Bestand von Mitteln, die Grundlage ebenso wie im Privatrechte bei der Stiftung, so entspricht die öffentliche Genossenschaft als Personenvereinigung mehr den privatrechtlichen Vereinen. Ihre jetzigen Haupttypen sind die durch die Arbeiterversicherung geschaffenen Berufsgenossenschaften und Krankenkassen, ferner die Innungen; das Landesrecht hat neuerdings besonders die Wassergenossenschaften ausgebildet.

Wichtiger noch sind die Gemeinden und überhaupt die Selbstverwaltungskörper als Rechtssubjekte des öffentlichen Rechtes. Ihre erschöpfende Behandlung hätte eine Darstellung des ganzen Verwaltungsorganisationsrechts zur Voraussetzung gehabt, die aber, wie oben schon bemerkt, dem Verfasser fern lag. Er hat nun wenigstens der Gemeinde eine ausführliche Untersuchung gewidmet, in der ihre Abgrenzung von anderen öffentlichen Körperschaften, die allgemeinsten Sätze über Entstehung und Untergang, über Wirkungsweise und Organisation, über die Gemeindeverbände und „die verkümmerten Gemeindegebilde" wie Teilgemeinde, Realgemeinde usw. untersucht werden. Was eine Gemeinde ist, darüber wird praktisch kaum je ein Zweifel herrschen. Aber wie so oft macht gerade bei den elementarsten Rechtseinrichtungen die Begriffsbestimmung besondere Formulierungsschwierigkeiten. Otto Mayer untersucht, was die Gemeinde vom Staate und was sie von der öffentlichen Genossenschaft unterscheidet. Den Unterschied vom Staate findet er in Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung im engeren Kreise der Aufgaben und Zuständigkeiten, denjenigen von der öffentlichen Genossenschaft in der Gebietsherrschaft, in der Ausgestaltung der Gemeindegewalt zu einer staatsähnlichen politischen Gewalt und in der Zuteilung politischer Rechte an die Gemeindebürger. Auch dem wird man zustimmen können. Aber der Begriff der Gemeinde bedarf, wenn er genau festgelegt sein soll, noch der Abgrenzung von den unter der Gemeinde stehenden Gebilden wie Teilgemeinden und andererseits von den Gemeindeverbänden. Sie ist vom Verfasser außer Acht gelassen, und demgemäß ist auch seine Begriffsbestimmung: „Gemeinde ist eine auf der Zusammenordnung der Wohnstätten beruhende Gemeinschaft von dazu gehörigen Menschen mit eigener juristischer Persönlichkeit für die ihr zukommende öffentliche Verwaltung" nicht nach allen Seiten ausreichend. Weder die Realgemeinde und die Teilgemeinde, noch andererseits die Samtgemeinde und andere Arten von Gemeindeverbänden noch auch die Kirchengemeinden sind klar damit von der wirklichen politischen Gemeinde geschieden; ohne Aufnahme des Begriffsmerkmals „unterste politische Gebietskörperschaft" wird dies wohl nicht geschehen können.

Mehr praktische Bedeutung als diese Fragen haben die sich anschließenden Untersuchungen über das Recht der Vertreterschaft und das Zusammenwirken rechtsfähiger Verwaltungen, von denen namentlich die letzteren wesentlich erweitert und neugestaltet sind. Ohne auf sie näher eingehen zu können, möchten wir nur bemerken, daß die Bruchstücke aus dem Rechte der Verwaltungsorganisation, die wir hier bekommen, uns ahnen lassen, wie viel Interessantes deren vollständige Darstellung nach juristischen Gesichts-

Digitized by Google

punkten zutage fördern würde; sie lassen die Forderung nach einer solchen Darstellung lebhaft laut werden.

Es folgt noch eine Betrachtung des Rechtes der Staatsaufsicht über die Gemeinden und überhaupt über alle Träger öffentlicher Verwaltung; gegenüber der Vorauflage sind sowohl die Untersuchungen über den Begriff der Staatsaufsicht als auch diejenigen über die Rechtsformen ihrer Betätigung wesentlich vertieft. Diese Untersuchungen, in denen uns die Schärfe der Begriffe des Verfassers noch einmal besonders klar entgegentritt, bilden den Schluß des Abschnitts und damit des ganzen Werkes, da ja leider der Anhang über das internationale und bundesstaatliche Verwaltungsrecht, für dessen Neubearbeitung wir ebenfalls sehr dankbar gewesen wären, weggefallen ist.

Was im Vorstehenden an Einzelheiten des Werkes herausgegriffen wurde, genügt wohl, um dem Leser einen Begriff von dem Reichtume seines Inhalts und von seiner Eigenart zu verschaffen. Es bleibt noch einiges Allgemeine über das Buch zu bemerken.

Was zunächst seinen Stil betrifft, so hat er schon in der ersten Auflage ganz besondere Aufmerksamkeit erregt. Er verdient auch jetzt wieder höchstes Lob. Es gibt wohl kein juristisches Buch, bei dessen Lesen man immer wieder so sehr auf den Ausdruck Kunstwerk gedrängt würde. Beherrschung des Stoffes und Meisterung der Sprache haben gleichermaßen zusammengewirkt, um es zustande zu bringen. „Juristendeutsch" im leider üblichen Sinne findet sich in diesen zwei dicken Bänden reinster Jurisprudenz überhaupt nicht. Nicht umsonst haben wir von dem Verfasser das Wort: Ein guter Jurist muß immer auch ein Stück Poet sein! Anschaulichkeit, Klarheit und schärfste Herausarbeitung des Wesentlichen auch in jedem einzelnen Satze sind die Hauptvorzüge von Otto Mayers Darstellung. Besonders rühmend ist auch hervorzuheben sein Bestreben, neue deutsche Fachausdrücke zu schaffen; einer Reihe von solchen hat er sehr rasch Geltung in Wissenschaft und Praxis erworben. Man sieht an diesem Werke in der Tat, daß es auch ohne die lateinischen Fachausdrücke geht, sogar besser. Und nie unterläßt es der Verfasser, den Dingen eine heitere Seite abzugewinnen, wo dies geht; und man ahnt es gar nicht, wie viele Gelegenheiten auch ein wohlgeordnetes strenges System eines Verwaltungsrechts hierfür bietet! So kommt es, daß man beim Studium dieser zwei dicken Bände — zwar nicht etwa glaubt einen Roman zu lesen, denn keine Macht der Welt könnte aus dem deutschen Verwaltungsrecht einen solchen machen! — aber doch auf die anregendste Art in großenteils äußerst schwierige Probleme eingeführt wird und sich fort und fort im Banne eines wirklichen Meisters in der Handhabung der Sprache fühlt.

Die allgemeine Bedeutung des Werkes für die Wissenschaft ist eingangs schon gekennzeichnet worden. Im Vorworte zur ersten Auflage hatte sich der Verfasser sozusagen deswegen entschuldigt, daß er, fast ohne sich auf Einzeluntersuchungen stützen zu können, gleich den großen Wurf eines ganzen Systems des deutschen Verwaltungsrechtes versuchte. Die Aufnahme seines Werkes und die Weiterentwicklung der Wissenschaft in den zwanzig Jahren seither haben ergeben, daß der große Wurf gelungen, daß das Werk recht eigentlich die Grundlage für die ganze deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft geworden ist.

Digitized by Google

Man versteht es daher, daß der Verfasser von seinen grundsätzlichen Auffassungen bei der Neuauflage nichts preisgegeben hat. Das Werk hat seine Eigenart bewahren können und tatsächlich bewahrt; das gilt namentlich auch von der besonders wichtigen Frage, auf die nun noch kurz eingegangen sei, wie es der Mannigfaltigkeit unserer Landesrechte gerecht zu werden sucht.

Will man mit Rücksicht auf sie Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht näher kennzeichnen, so müßte man es ein allgemeines deutsches Landesverwaltungsrecht nennen in dem Sinne, wie wir vor Gründung des Deutschen Reichs von einem allgemeinen deutschen Staatsrechte redeten und auch seither noch immer reden konnten. Aber während das Landesstaatsrecht durch ein immer weiter sich entwickelndes Reichsstaatsrecht stark überwuchert wurde, ist das Recht der inneren Verwaltung ganz vorwiegend Landesrecht geblieben, namentlich in fast allen Punkten, welche die grundsätzliche Regelung des Verhältnisses zwischen Bürger und Verwaltung betreffen. Daher hat im Staatsrecht ein Werk über das Reichsrecht die Führung in der ganzen Wissenschaft an sich reißen können, während die landesrechtlichen Werke an Bedeutung zurücktraten und das allgemeine Landesstaatsrecht fast nur noch akademisches Interesse fand. Dagegen ist ein Lehrbuch des Reichsverwaltungsrechtes bis heute überhaupt nicht zum Bedürfnisse geworden, und die Verwaltungsrechtswissenschaft konnte sich nur entweder an einem einzelnen Landesrecht entwickeln oder sie mußte eine Zusammenfassung der in den Landesrechten verwirklichten Gedanken versuchen und dann eben ein allgemeines Verwaltungsrecht in dem eben gekennzeichneten Sinne werden. Damit, daß Otto Mayer das letztere erstrebt hat, hat er sich zweifellos um die Wissenschaft ein größeres Verdienst erworben als bei Beschränkung auf ein Landesrecht (das allerdings dafür hätte vollständiger dargestellt werden können). Anders aber steht es mit dem Einfluß auf die Praxis, den das Werk so gewann, und über den nun noch einige Worte anzufügen sind.

Es ist Tatsache, daß Otto Mayer auf die Praxis, namentlich auch die verwaltungsgerichtliche in Preußen bis jetzt nur recht geringen Einfluß hatte. Der Grund dafür ist nicht etwa der, daß sein Werk einen solchen Einfluß nicht erstrebt hätte. Im Gegenteil muß hervorgehoben werden, daß der Verfasser neben aller Eignung zum großen Theoretiker einen ganz ausgezeichneten Sinn für die Anwendung des Verwaltungsrechts in der Praxis besitzt, und daß er bei seiner Darstellung ihre Bedürfnisse fort und fort im Auge hat. Er ist aus der Praxis hervorgegangen — als deutscher Rechtsanwalt in Mülhausen war er begehrter Berater der Reichs- und Landesbehörden gewesen — und auch, nachdem er ganz zum akademischen Lehrberuf übergegangen war, hat er, wie er uns gelegentlich in Anmerkungen seines Buches verrät, immer noch in der Verwaltung der Städte mitgewirkt, in denen er lehrte (erst Straßburg, dann Leipzig). Diese ständige Fühlungnahme mit der Praxis und sein von Haus aus hervorragend praktischer Sinn haben ihn im ganzen durchaus davor bewahrt, sein Buch zu einem theoretischen Werke im gefürchteten und wirklich zu fürchtenden Sinne zu machen, ein Buch, das in weltfremden Theorien und Einzelkonstruktionen sich verlöre. Vielmehr führt er das ganze Buch hindurch gegen solche Konstruktionen und Theorien einen scharfen, häufig auch sehr ergötzlichen Kampf, u. a. gegen

Digitized by Google

v. Gierkes Organtheorie und Jellineks Statuslehre. Er hält solchen Theorien immer und immer wieder die Rechtswirklichkeit entgegen. Auch er liebt die Konstruktionen und hat uns deren eine Menge neuer geschenkt; aber es sind, von der einen, übrigens doch nebensächlichen Ausnahme abgesehen, die oben kritisiert wurde, durchweg von Leben erfüllte Konstruktionen, die sich jetzt schon vielfach nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Praxis eingebürgert haben.

Es ist weiter auch nicht etwa schwere Verständlichkeit im Sinne von mangelnder Klarheit, die dem Buche nachzusagen wäre, und die es für den Praktiker weniger geeignet machen würde. Vielmehr bildet es einen der größten Vorzüge des Buches, daß es nirgends sich mit nur halber Verarbeitung begnügt, daß sein Verfasser vielmehr offenbar nie geruht hat, ehe er sich zu völliger Klarheit über seine Materie durchgearbeitet hatte. Man wird geradezu dieses Buch immer mit anführen können, wenn man zeigen will, was wirkliche Meisterung einer dazu noch höchst spröden, in den entlegensten Gesetzen zerstreuten, bisher noch ganz und gar unverarbeiteten Materie ist.

Aber trotz dieser Klarheit ist, das kann nicht geleugnet werden, Otto Mayers Werk für jeden, der nicht ohnedies mit dem Stoffe schon recht gut vertraut ist, schwer zu verstehen — viel schwerer als der Verfasser wohl ahnt. Dies liegt eben an den beiden schon erwähnten Umständen, daß es überhaupt die Gesetze nicht erklärt, sondern ihre Kenntnis im großen Maße voraussetzt, und weiter daran, daß es grundsätzlich nicht auf dem Boden eines Landesrechts stehen bleibt, sondern nach Möglichkeit auf die hinter allen landesgesetzlichen Regelungen zu findenden Gedanken zurückgeht.

Ein Lehrbuch für Anfänger kann und will es unter diesen Umständen nicht sein (so wenig als die anderen Handbücher derselben Sammlung). Zu den Lernenden gehören in gewissem Sinne aber auch die nicht wenigen Juristen, die, vom Straf- oder Zivilrechte herkommend, gelegentlich über eine verwaltungsrechtliche Frage sich unterrichten wollen. Auch sie werden große Schwierigkeit verspüren, bei Otto Mayer die Belehrung zu finden, die sie suchen, und das gilt mehr oder weniger auch für die eigentlichen Verwaltungspraktiker. Denn obwohl Otto Mayer die preußische Verwaltungsrechtsordnung in erster Linie berücksichtigt und ein großer Teil der von ihm entwickelten Rechtssätze in der Tat gemeinsamer Gehalt der wichtigsten deutschen Landesrechte ist, wird der Praktiker doch nicht leicht sich einer solchen Darstellung anvertrauen, die ihm immer noch die Prüfung auferlegt, ob sie nicht landesrechtliche Besonderheiten außer Acht gelassen hat. Mehr schon als der eigentliche Verwaltungspraktiker wird der verwaltungsgerichtliche Praktiker in die Lage kommen, zu einem solchen Lehrbuche zu greifen, und am meisten trifft dies zu für die obersten Gerichte bei ihren grundsätzlichen Entscheidungen. Bemerkenswerterweise war es nun bis jetzt noch am meisten das Reichsgericht als Verwaltungsgericht, d. h. in solchen Angelegenheiten, in denen es in öffentlichrechtlichen Dingen zu urteilen hat, gewesen, das Berührungspunkte mit Otto Mayer hatte und neuerdings auch gelegentlich sich mit ihm auseinandersetzte. Das Enteignungsrecht, das Beamtenrecht und das Grenzgebiet zwischen Justiz und Verwaltung bieten dafür die meisten Beispiele. Auf letzterem Gebiete freilich wäre zu wünschen, daß das Reichs-

Digitized by Google

gericht sich noch wesentlich mehr mit Otto Mayers Lehre befaßte und so von seiner einseitigen Auffassung des Begriffs der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit zurückkäme. Von Verwaltungsgerichten ist es bis jetzt das sächsische Oberverwaltungsgericht, das sich am meisten mit Otto Mayers Lehren beschäftigt hat; es geschieht das nicht nur aus einem gewissen freundnachbarschaftlichen Verhältnisse zu dem berühmten Fachvertreter an der sächsischen Landesuniversität, sondern entspricht der überhaupt großen Rührigkeit und dem Interesse, mit dem dieses jüngste unter den mittelstaatlichen Verwaltungsgerichten die Ergebnisse der Wissenschaft verfolgt. Was das preußische Oberverwaltungsgericht betrifft, so gilt seine Arbeit bedauerlicherweise ja immer mehr spezialgesetzlichen Einzelfragen; aber wir glauben doch, daß auch sie gewinnen könnte, wenn sie der Gedankenwelt Otto Mayers mehr Beachtung schenken würde.

Damit sind wir bei dem Probleme: Theorie und Praxis im Verwaltungsrechte, wieder angelangt.

Die Tatsache, daß der Einfluß der Wissenschaft auf die Praxis im Verwaltungsrechte bis jetzt sehr viel geringer gewesen ist, als im bürgerlichen Rechte, im Straf- und Prozeßrecht usw., ist auf verschiedene Umstände zurückzuführen. Einmal darauf, daß die Rechtsauslegung für den Verwaltungspraktiker nicht dieselbe Bedeutung hat wie für den Richter. Soweit seine Tätigkeit überhaupt in Gesetzesanwendung besteht, nehmen die Ausführungsanweisungen, die ja in manchen Beziehungen wie offizielle Kommentare wirken, ein gut Teil dessen vorweg, was eine literarische Verarbeitung zu sagen hätte. Soweit aber ein Bedürfnis nach einer solchen vorliegt, wird es meist in der Form des Kommentars befriedigt. Dieser beherrscht die Praxis im Verwaltungsrechte noch mehr als im Zivil- und Strafrechte; daneben gewinnt das Wörterbuch, das in Frankreich schon von jeher große Bedeutung hatte, auch bei uns an Wichtigkeit. Mit der Zeit könnte sich dies immerhin zugunsten höherer Wertung und stärkeren Einflusses systematischer Werke ändern. Eine jüngere Generation von Verwaltungsbeamten wird entsprechend der besseren Ausbildung des öffentlichen Rechtes und des Unterrichts im öffentlichen Rechte eher in systematischen Werken Bescheid wissen, und wenn es auch bei dem Flusse der Verwaltungsgesetzgebung immer schwerer sein wird, als z. B. im bürgerlichen Rechte, ein größeres systematisches Werk auf der Höhe zu halten, so ist doch andererseits gerade bei der Zerrissenheit und Unübersichtlichkeit unseres Verwaltungsrechts das Bedürfnis nach systematischen Darstellungen des Stoffes besonders groß.

Wie soll sich nun aber die Verwaltungsrechtswissenschaft weiter entwickeln, um der Praxis noch besser zu dienen; soll sie sich mehr dem

Digitized by Google

allgemeinen Verwaltungsrechte zuwenden oder mehr auf landesrechtliche Darstellungen den Nachdruck legen? Diese große Frage läßt sich natürlich zur Zeit nur unter der Voraussetzung der Beibehaltung der gliedstaatlichen Selbständigkeit in der inneren Gesetzgebung behandeln.

Da war zunächst schon für die Zeit vor dem Kriege festzustellen, daß das Interesse am öffentlichen Rechte gewaltig gewachsen war, daß von immer weiteren Kreisen die Nachfrage nach guten, über den Stand der Wissenschaft unterrichtenden Werken kam. Es war daher nicht verwunderlich, daß eine nicht nur kürzere, sondern auch leichtere Darstellung des ganzen Stoffes, Fleiners Institutionen, die im übrigen dieselbe Methode der Abstraktion von den einzelnen Landesrechten befolgen, rasch einen so bedeutenden Erfolg zu verzeichnen hatten. Werke von dieser Art werden sowohl für die Zwecke des akademischen Unterrichts als auch für die Einführung von Zivilisten in das Verwaltungsrecht immer unentbehrlich sein. Dennoch ist nicht zu verkennen, daß sowohl die Bedürfnisse einer weiter sich entwickelnden Verwaltungsrechtswissenschaft als auch die der Verwaltungspraxis dringend jetzt vor allem umfassende landesrechtliche Darstellungen verlangen.

Denn so bedeutsam die Versuche der Weiterbildung des allgemeinen Verwaltungsrechts im Sinne von Otto Mayer namentlich durch die mehrerwähnten Werke seiner Schüler Kormann und W. Jellinek sind, es darf doch die Frage aufgeworfen werden, ob sie auch nur für die Wissenschaft sich als so fruchtbar erwiesen haben, als dem Aufwand an Mühe entsprochen hätte, den sie verursacht haben müssen. Was aber die Aussichten ihrer Einwirkung auf die Praxis anlangt, so konnte man sie doch von vornherein nicht anders als sehr mäßig nennen, weil eben der Verwaltungspraktiker sehr wenig geneigt ist, einer Darstellung zu folgen, die neben seinem eigenen auch von ihm nicht anzuwendendes Recht verarbeitet.

Um diesem Bedenken zu begegnen, habe ich in meiner Arbeit über die subjektiven öffentlichen Rechte den Versuch gemacht, zwar auch einen Beitrag zum allgemeinen Verwaltungsrechte zu liefern, der alle wichtigeren Rechtsgebiete berücksichtigt, aber dabei Gesetzesmaterial, Rechtsprechung und Literatur für die verschiedenen Bundesstaaten getrennt in je einem Abschnitte zu bearbeiten. Wiewohl ein solches Vorgehen auch wieder Nachteile hat — unter anderem den, daß es zu manchen Wiederholungen zwingt, —, schien und scheint

Digitized by Google

es mir doch am ehesten zugleich den wissenschaftlichen Erfordernissen gerecht zu werden und dem Mißtrauen des Praktikers zu begegnen, daß das, was in solchen Büchern stehe, allgemeine Theorie sei, die ihn nichts angehe, der sich an sein Landesrecht zu halten habe. Diese Methode befolgt auch das Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts für eine Reihe der wichtigsten Materien. Doch läßt sich solches Eingehen auf die einzelstaatlichen Ausgestaltungen immer nur bei monographischen Darstellungen oder eben in einem dickbändigen Wörterbuche durchführen. Für systematische Verarbeitungen des ganzen Stoffes wird nur entweder der Typ des allgemeinen Verwaltungsrechts nach der Art von Otto Mayer und Fleiner, denen auch Schöns Bearbeitung des Verwaltungsrechts in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie (7. Auflage, Bd. 4 S. 193—316) an die Seite zu stellen ist, oder aber die Beschränkung auf ein Landesrecht in Betracht kommen. Und da, glaube ich, mußte namentlich eine systematische Verarbeitung des preußischen Verwaltungsrechts bisher schon als großes Bedürfnis bezeichnet werden. Es war denn auch der Plan des unvergeßlichen Karl Kormann, von dem wir noch so vieles zu erwarten gehabt hätten, einer groß angelegten Darstellung des preußischen Verwaltungsrechts die Hauptkraft seiner nächsten Jahre zu widmen. Aber der Krieg hat ihn und damit den Mann uns entrissen, der am ehesten den Mut und gewiß auch die Fähigkeit zu dieser Riesenaufgabe gehabt hätte.

Weniger umfassend mußte die Aufgabe einer Verarbeitung des Verwaltungsrechts der Mittelstaaten erscheinen. Die Darstellungen des bayerischen, württembergischen, badischen Staatsrechts in der Sammlung „Das öffentliche Recht der Gegenwart" berücksichtigen auch zum Teil weitgehend das Verwaltungsrecht dieser Staaten. Im Vordergrunde steht dabei aber doch das, was wir oben den besonderen Teil des Verwaltungsrechts genannt haben, während die allgemeinen Lehren, bei denen auch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu verarbeiten gewesen wäre, doch recht kurz wegkommen. Es war ebenfalls Kormann, der dieselbe Aufgabe für das sächsische Verwaltungsrecht übernommen und sie uns nahezu vollendet hinterlassen hat[5]). Indes zeigt doch dieses Werk, daß das

[5]) Das Buch soll von Herrn Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Wittmaack in Dresden zu Ende geführt und herausgegeben werden, sobald die Zeitumstände es gestatten. Ich verdanke freundlicher Mitteilung von seiner Seite die Kenntnis der Anlage des Buches, wie sie ihm Kormann gegeben hat.

Digitized by Google

Verwaltungsrecht eines Mittelstaats gewissermaßen zu klein zur Entfaltung der ganzen verwaltungsrechtlichen Theorie ist. Auf diesen Umstand ist es ja auch z. B. zurückzuführen, daß die bahnbrechende Bearbeitung des badischen Polizeirechts durch Thoma (Der Polizeibefehl im badischen Rechte, Bd. 1 1906) nicht vollendet wurde; die ursprünglich für den zweiten Band vorgesehenen Gegenstände (u. a. Rechtskraft der polizeilichen Akte, Recht der Polizeiverordnungen und -verfügungen, Kontrollen des Polizeirechts) schienen dem Verfasser bei näherer Prüfung auf dem Boden des Rechtes eines Mittelstaats allein nicht wohl fruchtbar behandelt werden zu können.

Für diese Mittelstaaten (noch mehr für die Kleinstaaten) hatten sich die Verhältnisse so herausgebildet, daß ihr in Landesgesetzen niedergelegtes und durch die Landesverwaltungsgerichte entwickeltes Verwaltungsrecht der Ergänzung durch das allenthalben von der Wissenschaft unter Verwertung der Rechtsprechung der verschiedensten Verwaltungsgerichte herausgebildete allgemeine Verwaltungsrecht bedurfte. Das Verhältnis erinnerte schließlich stark an den Rechtszustand, wie er auf dem Gebiete des Privatrechts bis 1900 da bestand, wo das gemeine Recht subsidiär gegolten hatte. Und hier wie dort war zu bemerken, daß sich die Theorie viel mehr an dem weithin geltenden gemeinen Rechte ausbildete als auf dem Boden des begrenzt geltenden Landesrechts. So kam es aber auch im Verwaltungsrechte, daß die Theorie die landesrechtlichen Besonderheiten nicht genügend berücksichtigte und sich ein gewisser Abstand zwischen ihr und der Praxis herausbilden konnte.

Wie wird sich nun dieses Verhältnis weiter entwickeln?

Durch die staatliche Umwälzung, die auch das bundesstaatliche Gefüge des Reichs aufs stärkste erschüttert hat, sind zunächst alle diese Fragen ins Ungewisse gestellt worden. Die Neuordnung wird auf alle Fälle das Reichsrecht als Verwaltungsrechtsquelle an Bedeutung auf Kosten der Landesrechte zunehmen lassen und also künftig mehr Material für ein echtes Reichsverwaltungsrecht liefern, das bis jetzt überhaupt fast nur im „Besonderen Teil" des Verwaltungsrechts eine Rolle spielte. Wenn aber, wie es zurzeit — April 1919 — den Anschein hat, der bundesstaatliche Aufbau des Reichs im wesentlichen doch erhalten bleibt und namentlich das Grundverhältnis zwischen Bürger- und Staatsgewalt auch weiterhin von den Landesgesetzgebungen zu regeln ist, so werden auch die

Digitized by Google

Notwendigkeiten und Entwicklungstendenzen des Verwaltungsrechts im wesentlichen die geschilderten bleiben; dann muß namentlich für die Zukunft eine Bearbeitung des preußischen Verwaltungsrechts unter Berücksichtigung der jüngsten Entwickelung der Theorie und ausgiebiger Verwertung der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts als die große Forderung der Praxis an die Wissenschaft betrachtet werden [6]).

Für die nächsten Jahre und vielleicht Jahrzehnte wird freilich für solche große systematische Verarbeitungen, die einen gewissen gesetzlichen Beharrungszustand voraussetzen, nicht Zeit sein; da werden vielmehr Umgestaltungen und Neugestaltungen größten Stils das Verwaltungsrecht ständig in Fluß halten, und die Mitarbeit an diesen augenblicklich wichtigsten Aufgaben wird auch für die Verwaltungsrechtswissenschaft im Vordergrunde stehen.

Für diese Arbeiten nun, überhaupt für die ganze Zeit der kommenden Verwaltungsreform wird Otto Mayers Werk seine besondere Bedeutung haben, und zwar wird eben jene Eigenart, die seiner Einwirkung auf die Praxis bis jetzt Eintrag getan hat, seinen Wert für die neuen Aufgaben erhöhen: der Umstand, daß es überall auf die Grundgedanken zurückgeht, von den Zufälligkeiten ihrer Verwirklichung in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen absieht. Denn bei dieser gesetzgeberischen Arbeit wird man sich vor allem die Grundgedanken der bisherigen Ordnung, und zwar nicht nur derjenigen eines Staates, sondern die in allen deutschen Rechtsordnungen verwirklichten Grundgedanken klar machen müssen, ehe man sagen kann, was an ihre Stelle treten, wie weit sie erhalten bleiben, wie weit eine Vereinheitlichung angestrebt werden soll usw. Dabei wird auch die Vergleichung mit dem ausländischen, vor allem mit dem französischen Rechte eine Rolle spielen, und daß für diese Otto Mayers Werk eine besonders gute Grundlage abgibt, geht aus dem oben Ausgeführten zur Genüge hervor. Der akademische Unterricht wird sich in den nächsten Jahren des Überganges im Eingehen auf das Landesrecht zweckmäßigerweise ebenfalls mehr Beschränkung auferlegen als bisher, mehr als allgemeines Verwaltungsrecht im Sinne Otto Mayers ausgestaltet werden und

[6]) Wenn also Otto Mayer Bd. 1 S. 21 sagt: „es gibt keine bayerische, sächsische, nicht einmal eine für sich bestehende preußische Verwaltungsrechtswissenschaft — Gott Lob!", so möchte ich statt dessen mindestens mit Beziehung auf das preußische Recht sagen — leider!

Digitized by Google

demgemäß auf ihn als den Hauptschriftsteller immer verweisen müssen.

So sind wir denn überzeugt, daß Otto Mayers großes Werk nicht wie so manches andere, an sich wertvolle Werk des öffentlichen Rechtes infolge der Umwälzung mehr nur noch geschichtlichen Wert besitzt, sondern daß es vielmehr als wissenschaftliche Grundlage für den Neuaufbau des deutschen Verwaltungsrechts erst recht zur Bedeutung gelangen wird. Und wie schon bisher so mancher von den vortrefflichen Gedanken Otto Mayers in die Gesetzgebung übergegangen ist, so wird es bei der künftigen Neuordnung sicherlich noch in höherem Maße der Fall sein.

Das Werk entfaltet so seine Wirkung unter Umständen, die der Verfasser bei der Neubearbeitung gewiß noch nicht geahnt hat. Wenn wir an diese tieftraurigen Umstände denken, drängt sich übrigens noch ein besonderer Gedanke auf: Otto Mayer war einer der wenigen, der bei seinem Wirken im Elsaß und auf Grund der dort erworbenen Kenntnisse des französischen Rechtes für den Kulturkreis, dem seine Arbeit galt, wirklich eine Brücke von uns nach Frankreich zu schlagen wußte und dabei nach beiden Seiten befruchtend wirkte. Auch diese Beziehungen sind nun zerstört, aber wir können doch hoffen, daß von dem, was er hier geleistet hat, und was uns überhaupt seine Arbeit gegeben hat, recht viel zum Neuaufbau aus den Trümmern verwertet werden möge.

Digitized by Google

B. Besprechungen.

14. Dr. jur. Johannes Popitz, Regierungsrat, Hilfsarbeiter im preußischen Ministerium des Innern und im Reichsschatzamte, Kommentar zum Umsatzsteuergesetze vom 26. Juli 1918 nebst der Sicherungsordnung, den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats und den Vollzugsvorschriften der größeren Bundesstaaten, Berlin 1919, Verlag von Otto Liebmann. XVIII, 461 S. Preis 20 M, geb. 23 M.

Der durch mehrfache Aufsätze z. B. im Preußischen Verwaltungs-Blatte rühmlich bekannte Verfasser, jetzt vortragender Rat im Reichsschatzamte, war amtlich mit den gesetzgeberischen Vorarbeiten zur Umsatzsteuer betraut gewesen und hatte an allen Beratungen in der ganzen Stufenfolge des Werdens des Gesetzes teilgenommen, desgleichen an den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats, und er hatte auch an dem Erlasse der preußischen Vollzugsvorschriften mitgewirkt. Dem Verfasser wohnt aus diesem Grunde eine außergewöhnliche Sachkunde inne. Seine Befürchtung, daß wegen der gebotenen Eile dem Kommentare Flüchtigkeitsmängel anhaften, kann nach Prüfung des Werkes nicht als begründet anerkannt werden, vielmehr muß die Treffsicherheit und Gründlichkeit der Anmerkungen auffallen. Es ist hier unmöglich und nicht beabsichtigt, eine nähere Inhaltsangabe des Werkes zu liefern. Das Werk beginnt mit der Entstehungsgeschichte des kommentierten Gesetzes und der Darstellung des Wesens der Umsatzsteuer. Nach einem Auszug aus den Motiven folgt der (unkommentierte) Text des Gesetzes. Daran schließt sich der eigentliche Kommentar zu den einzelnen Paragraphen. Zum § 1 wird der Begriff gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Umsatzsteuergesetzes, der nicht mit dem der Gewerbeordnung noch der Einkommenbesteuerung zusammenfällt, eingehend entwickelt und dahin bestimmt, daß es sich um eine Arbeit (nicht eine bloße Nutzung des Eigentums), und zwar um eine nachhaltige, objektiv erlaubte und entgeltliche handelt. Der Verfasser zählt die Umsatzsteuer mit Recht zu den indirekten Steuern, weil sie von dem, der sie zahlt, nicht getragen werden solle, sondern von einem Dritten, dem Empfänger der gewerblichen Leistungen. Hierbei mag bemerkt werden, daß diese Begründung zwar wissenschaftlich richtig ist, daß die Finanztechnik indes auf einen anderen Gesichtspunkt abgestellt ist. Finanztechnisch und im Sprachgebrauche der Gesetze werden die Steuern als direkte bezeichnet, die an einem wirtschaftlichen Zustand oder an einer Gesamtheit

Digitized by Google

von wirtschaftlichen Vorgängen, als indirekte, die an einen bestimmten Zustand (Erbfall, Verbrauch, Stempelung usw.) anknüpfen. Auch nach dieser Auffassung ist die Warenumsatzsteuer eine indirekte; s. Staatssekretär von Stengel in den stenographischen Berichten des Reichstags 1906, S. 463, 2339, 3117, Arndt, Anm. 9 zu Art. 4 der Reichsverfassung (5. Aufl.).

Auf S. 246 bis 316 bringt der Kommentar die vom Bundesrat erlassenen, vom Reichskanzler am 26. Juli 1918 im RGBl. S. 229 bekannt gemachten Ausführungsbestimmungen. Daran, daß sie, obgleich unzweifelhaft Rechtsnormen, nicht im Reichs-Gesetzblatte verkündet sind, nimmt der Verfasser allerdings gegen die herrschende Theorie mit Recht keinen Anstand, da, wie z. B. das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, (besonders RGZ. Bd. 48 S. 84) vertritt, nur formelle Gesetze zu ihrer Verbindlichkeit der Verkündung im Reichs-Gesetzblatte bedürfen, bei Verordnungen aber dem Verordnungsberechtigten beim Fehlen einer besonderen gesetzlichen Vorschrift es freisteht, welche Publikationsform er wählen will; s. Arndt Anm. 6 zu Art. 2 der Reichsverfassung (5. Aufl.). Nicht minder nimmt der Verfasser mit Recht keinen Anstand daran, daß, was allerdings die herrschende Theorie mißbilligt, der Bundesrat in § 79 Abs. 4 seiner Ausführungsbestimmungen den Reichskanzler ermächtigt hat (sog. Subdelegation des Verordnungsrechts), die Vorschriften über die Markenverwendung bei Entrichtung der Umsatzsteuer zu treffen, was dieser am 8. August 1918 (s. RGBl. S. 495) getan hat. Vgl. Arndt, Reichsverfassung (5. Aufl.) S. 110.

In einem Anhange S. 324 ff. bringt der Kommentar die Vollzugsbestimmungen in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hamburg und Elsaß-Lothringen.

Wenn man von einem solchen Mangel bei einem für die Praxis bestimmten Werke sprechen dürfte, möchte es der sein, daß es die obersten Fragen des öffentlichen Rechtes, z. B. worauf sich die Berechtigungen zum Erlasse der Vorschriften stützen, ob sie gehörig verkündet sind und dergleichen mehr, nicht erörtert, und daß es alle gegebenen Vorschriften ohne weitere Prüfung als rechtsverbindlich voraussetzt. Dies hindert nicht, dem Verfasser den aufrichtigsten Dank für seine ausgezeichnete Arbeit und dem Werke den besten Empfehlungswunsch auszusprechen.

Charlottenburg. Dr. Arndt.

---

15. Felix Somló, Professor an der Universität Kolozsvár, Juristische Grundlehre. Leipzig, 1917, Verlag von Felix Meiner. IX und 556 S. Preis 24 *M*.

Ehe wir wissen können, welches Recht bei uns gilt, müssen wir wissen, was überhaupt Recht und Geltung sind und worauf sie beruhen (S. 2, 5). Diese Fragen liegen vor und außerhalb jeder Rechtswissenschaft und können nicht mit den Mitteln der Rechtswissenschaft gelöst werden (S. 7, 10, 16, 216). Sie gehören in eine besondere Wissenschaft, die man als Metajurisprudenz (S. 1), als Prolegomena zu einer jeden künftigen Jurisprudenz (S. 2) oder

Digitized by Google

als juristische Grundlehre (S. 8) bezeichnet; sie lehrt das, was in jeder Rechtsordnung, unabhängig vom Inhalte der Rechtssätze notwendig gelten muß, (S. 5, 6) und steht den drei Wissenschaften vom Rechtsinhalte (Lehre vom geltenden Rechte oder Jurisprudenz im engeren Sinne, Lehre vom zu setzenden Rechte und Rechtsgeschichte) fremd gegenüber, ist ihnen übergeordnet und ist deren Voraussetzung; sie ist auch von den allgemeinen Lehren zu unterscheiden (S. 12, 487), die, wenn auch noch so allgemein, doch nur für eine oder mehrere Rechtsordnungen gelten und auch anders gedacht werden könnten, also nicht unabhängig von dem Inhalte des positiven Rechtes sind (S. 8, 36, 50).

Die allgemeinen Begriffe der Grundlehre dagegen stammen zwar aus der Erfahrung und sind auch nicht rein von jeder Erfahrung, aber rein von jedem Rechtsinhalt, unbedingt, allgemeingültig für jede mögliche Rechtsordnung (S. 47), und können weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit abgeändert oder aufgehoben werden, weil Gesetz und Gewohnheitsrecht nur über den Inhalt des Rechtes etwas bestimmen können, nicht über das Gelten des Rechtes selbst (S. 30). Zu diesen allgemeinen Lehren gehören die von der Pflicht (S. 9), von der Untertänigkeit (dem Normenadressaten) (S. 2, 36, 497), der Rechtsquelle (S. 330), dem Rechte (S. 3, 52, 128, 330), der Rechtsmacht (der höchsten Staatsgewalt, die nicht bei der Regierung zu liegen braucht) (S. 93, 330), dem Staate (S. 251, 497), der Verfassung (S. 309, 330), der Deutung und Anwendung des Rechtes (S. 370) mit der Lehre von den Fiktionen (S. 524—530) und namentlich dem Kampfe um die Freirechtsschule (Verhältnis des Richters zum Gesetz, als Anwendungsfall des Verhältnisses der Normadressaten zur Rechtsnorm überhaupt, S. 392—429), von den subjektiven Rechten (S. 468—485, 494), den Freiheitsrechten (S. 439—463), den Reflexrechten (S. 463—468), der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Rechte (S. 485—493), der Frage, ob die Gesetze nur die Behörden oder auch die Untertanen binden (S. 502), von der Verantwortung bei Unkenntnis der Gesetze (S. 507—513), den Personen mit Einschluß der juristischen Personen (S. 513—523).

Wie man sieht, sind es äußerst reizvolle Untersuchungen, die namentlich den Verwaltungsrechtler fesseln müssen, da eben sein Bedarf an allgemeinen Anregungen und Grundsätzen nicht so bequem wie dem Manne des bürgerlichen Rechtes in einem allgemeinen Teile der Pandekten gebrauchsfertig dargeboten wird. Aber der naheliegende Wunsch, den Leser durch das ganze Buch hindurchzuführen und zu begleiten, verbietet sich aus dem einen Grunde, weil es sich doch eben nicht um eigentlich verwaltungsrechtliche Untersuchungen handelt. Nur über die Unterscheidung des öffentlichen und des Privatrechts kann einiges wiedergegeben werden. Somló stellt die Frage nicht für ein ganzes Rechtsinstitut oder Lebensgebiet, sondern für jeden einzelnen Rechtssatz.

Jeder Rechtssatz begründet eine Pflicht (S. 191, 430) entweder für die Rechtsmacht (versprechender Rechtssatz) oder für den Untertanen (befehlender Rechtssatz). Der Befehl kann nun entweder zugunsten der Rechtsmacht selbst oder zugleich zugunsten der Rechtsmacht und eines anderen Untertanen erlassen sein: „Wenn die Rechtsmacht eine Steuerleistung vom Untergebenen verlangt, so liegt bloß eine einfache Befehlsverpflichtung vor; wenn sie hin-

Digitized by Google

gegen die Leistung einer Zahlung an einen anderen Untergebenen fordert, so ist dadurch zu der subjektiven Beziehung des Normsetzers zum Befehlsadressaten erstens noch die subjektive Beziehung des Normsetzers auch zu jenem Untergebenen, dem gegenüber der Adressat die Zahlung zu leisten hat, und zweitens die subjektive Beziehung des also Verpflichteten zum Berechtigten hinzugekommen. An dem Verhältnisse des Normsetzers zum Befehlsadressaten hat sich damit nichts geändert; der Adressat bleibt wie zuvor der Rechtsmacht gegenüber verpflichtet, nur ist er außerdem auch noch jenem anderen Adressaten gegenüber verpflichtet" (S. 441).

Diese letzten Rechtssätze, in denen also ein Untertan zugleich der Rechtsmacht und einem anderen Untertan verpflichtet ist, nennt Somló private, alle übrigen, in denen der Untertan nur der Rechtsmacht als berechtigt oder verpflichtet gegenübertritt, nennt er öffentlichrechtliche (S. 486).

Das Beispiel der Zahlung an die Staatskasse ist nun wohl nicht glücklich gewählt; denn daß die Staatskasse mit der höchsten Rechtsmacht ein und dasselbe sein solle, leuchtet nicht ein und wird auch im übrigen Inhalte des Buches nicht bewiesen (vgl. auch S. 492). Somló hätte vielleicht an das Verbot, jemand mit seiner Einwilligung zu töten (§ 216 StGB.), erinnern können. Denn das ist eine Pflicht, die nur der Rechtsmacht und keinem anderen gegenüber begründet ist. Im übrigen ergeben sich aber noch folgende Bedenken.

Daß jede Rechtsnorm nur Pflichten begründet, mag zugegeben werden, wenn man diesen Satz im tautologischen Sinne faßt. Namentlich muß man sich vor einer Verwechselung zwischen Rechtspflichten und sittlichen Pflichten hüten, was auch Somló (S. 431) zugibt mit der Begründung, daß es auch unsittliche Rechtsbefehle gebe. Aber mehr als das: es gibt eine Menge von Rechtspflichten, die sittlich ganz gleichgültig sind, wie z. B. das Ganze des Melde- und Erlaubniswesens. Wer ein Haus ohne die polizeiliche Erlaubnis baut oder umbaut, verletzt keine sittliche Pflicht; selbst ein Verstoß gegen Vorschriften des materiellen Baurechts ist sittlich gleichgültig, sofern nur in bezug auf Standfestigkeit, Feuersicherheit usw. die nötigen Rücksichten auf die Bewohner, die Nachbarn und die Allgemeinheit genommen werden.

Im übrigen ist nicht eine Zweiteilung, sondern eine Dreiteilung der Befehle gegeben:

— solche, die nur um des öffentlichen Wesens willen gegeben werden, z. B. Verbot der Tötung selbst mit Einwilligung, der Unzucht, der Gotteslästerung,

— solche, die auch dem Einzelnen zugute kommen, deren Erfüllung aber die Rechtsordnung von Amts wegen betreibt, so daß der einzelne sich auch darum bemühen, aber nicht darauf verzichten kann (Reflexrechte), z. B. die Aufbesserung der Gehälter der Gemeindebeamten,

— solche, die nur wegen der Einzelnen erlassen werden, so daß der Staat sich nicht um die Erfüllung kümmert, wenn der Berechtigte es nicht tut, wie die meisten der Forderungsrechte (subjektive Rechte im engeren Sinne; eine nähere Begründung hoffe ich über kurz oder lang veröffentlichen zu können); wenn diese Pflichten gegenüber der Rechtsmacht beständen, so würden sie nicht durch Verzicht der Gläubiger-Untertanen aufgehoben werden können.

Aber mit der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte

Digitized by Google

hat diese Dreiteilung nichts zu tun. Denn z. B. auch Zeugengebühren, Anspruch auf Nachzahlung zu gering bezahlter Beamtengehälter, die doch wohl dem öffentlichen Rechte angehören, werden nur auf Verlangen des Gläubigers gewährt und unterliegen dem Verzichte. Somló gibt auch keine Möglichkeit, eine öffentliche Gebühr aus § 4 des Kommunalabgabengesetzes von einer privaten Gebühr aus § 3 ebenda zu unterscheiden. Es hat sich also wieder einmal ein Versuch, die Öffentlichkeit am einzelnen Rechtssatze festzustellen, als vergeblich erwiesen, und man wird also dazu kommen müssen, die Frage nach der Zugehörigkeit zum öffentlichen Rechte nicht für einen einzelnen Rechtssatz, sondern für ein bestimmtes enger oder weiter umgrenztes Rechtsinstitut oder Lebensgebiet zu stellen, und diese als öffentlich dann zu betrachten, wenn sie von einer Befehlsgewalt beherrscht werden, die von Amts wegen im allgemeinen Interesse ausgeübt werden kann (Friedrichs in Hirths Annalen 1917 S. 393; vgl. übrigens jetzt RGZ. Bd. 93 S. 258). Aber trotz des irrigen Ergebnisses sind auch diese Untersuchungen fördernd.

Somló hat seinen Kant gut im Kopfe, vielleicht zu gut; denn manche Dinge, wie die Unterscheidung zwischen Autonomie und Heteronomie (S. 191), werden erst verständlich, wenn man auf Kant zurückgreift. Er ist auch auf dem Gebiete der deutschen, englischen und kanonischen Rechtslehre ungewöhnlich gut beschlagen, dabei ein selbständiger, klarer, überaus fruchtbarer Denker. Das Buch ist in großen Zügen übersichtlich und klar geordnet, in kleine leicht zu überschauende Abschnitte geteilt, in anmutigem Stile und sehr gutem, auch ziemlich reinem Deutsche geschrieben und in der Form vorbildlich.

Manches wirkt wie eine Voraussage; so die Lehre von der illegitimen Rechtsbildung (Schaffung neuen Rechtes durch Bruch des alten, S. 99, 110, 116, 117, 309); kurzum ein Buch, in jeder Weise des Lesens, — ja des eingehenden Studierens wert.

Düsseldorf. Karl Friedrichs.

---

16. Dr. Backhaus, Geheimer Regierungsrat Professor, Agrarreform. Ein Mittel zur Linderung deutscher Not. Berlin 1919. Verlag von Paul Parey. 64 S. Preis 2,20 *M*.

Agrarreform ist Umgestaltung des landwirtschaftlichen Betriebs durch Gesetz und Verordnung. An geeigneten Zwangsmitteln, die nur auf gesetzlicher Grundlage durchführbar sind, erwähnt Backhaus die Enteignung, das Vorkaufsrecht, die Kaufgenehmigung und den Befähigungsnachweis. Die neue Reichsregierung hat ein Landwirtschaftsrecht geschaffen, das diesen Wünschen im wesentlichen schon Rechnung trägt. Das Sozialisierungsgesetz sieht von einer Enteignung des Grund und Bodens und einer Sozialisierung der landwirtschaftlichen Betriebe ab. Ebenso ist von einem gesetzlichen Produktionszwange mit Rücksicht auf die Eigenart des landwirtschaftlichen Betriebs abgesehen. Enteignungen können stattfinden, um eine zweckmäßigere Grundbesitzverteilung zu ermöglichen, zur Bildung von Klein- und Mittelbesitz und zur Ansiedlung von Landarbeitern, deren Arbeitsbedingungen durch die vorläufige Landarbeitsordnung eine wesentliche Verbesserung erfahren haben. Eine übereilte Ansiedlung ist aus Mangel an geeigneten Per-

Digitized by Google

sonen und an Inventar nicht zu befürchten. Es ist aber für alle Fälle dafür gesorgt, daß Siedlungsland zur Verfügung steht. Von einem Befähigungsnachweis ist noch abgesehen worden, zunächst kann sich jeder als Landwirt bezeichnen, der ein landwirtschaftlich nutzbares Grundstück bewirtschaftet oder es zu bewirtschaften vorgibt. Nicht einmal von den Lehrherren wird der Nachweis technischer oder kaufmännischer Kenntnisse verlangt. Schlecht wirtschaftenden Betriebsleitern kann die Bewirtschaftung des ganzen Betriebs oder einzelner Grundstücke vorübergehend entzogen werden. Es kann auch versucht werden, Nichtlandwirten den Erwerb von Landgütern zu erschweren und ihn von einer Genehmigung abhängig zu machen. Hierfür reichen die neuen Bestimmungen aus.

Was Backhaus sonst an Mitteln zur Förderung der landwirtschaftlichen Erzeugung anführt, gehört in das Gebiet der Landwirtschaftspflege (Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht § 58) und der Feldpolizei. Musterwirtschaften und Wirtschaftsberatungen sind Einrichtungen, die unter Mitwirkung der Verwaltung geschaffen werden können, aber auch ohne sie durch genossenschaftlichen Zusammenschluß. Um Arbeit sparende Maschinen einzuführen, bedarf es keiner amtlichen Anordnung, ebenso um landwirtschaftliche Nebenbetriebe einzurichten, die Nahrungs- und Futtermittel gleich an Ort und Stelle herstellen, um Transportkosten zu sparen, und um die Rückstände dem landwirtschaftlichen Betriebe wieder zuzuführen. Feldpolizeilicher Natur sind die Anordnungen über die Bekämpfung von Unkraut und Pflanzenseuchen. Dies kann dem Einzelnen nicht überlassen bleiben, er kann sich auch nicht gegen die Unterlassungen seiner Nachbarn selbständig schützen. Eine reichsrechtliche Grundlage ist hier erforderlich.

Die kleine Schrift ist geeignet, auch den Nichtlandwirt in die wichtigsten Fragen der Agrarreform einzuführen.

Heidelberg. Franz Dochow.

---

17. D. Berner, Senatspräsident beim Oberverwaltungsgerichte, Das Kirchenregiment in der altpreußischen Landeskirche. Sämann-Verlag. Berlin 1919. 1. Aufl. 32 S., 2. Aufl. 41 S. Preis 1 M.

Bei dem Wegfalle der Landesherren in den deutschen Einzelstaaten ist auch die Frage akut geworden: Wem steht nunmehr das Kirchenregiment zu, das bislang in ihren Händen gelegen hat? Alsbald ist die Auffassung vertreten worden, daß die gegenwärtigen Machthaber auf weltlichem Gebiet auch in die kirchenregimentlichen Rechte der ehemaligen Landesherren sukzediert seien, und in dem neuen preußischen Staatsgesetze zur vorläufigen Ordnung der Staatsgewalt in Preußen vom 20. März 1919 (GS. S. 53) hat man sogar weittragende praktische Folgen aus dieser Auffassung gezogen, indem man von Staatswegen über das Schicksal der „Rechte des Königs als Trägers des landesherrlichen Kirchenregiments" bestimmt hat. In dankenswerter Weise hat der Verfasser es unternommen, die Frage in auch für weitere Kreise verständlicher Form zu untersuchen. Er kommt zu dem auch unserer Ansicht nach allein zutreffenden Ergebnisse, daß das Kirchenregiment nach dem Wegfalle des Landesherrn allein der Kirche, nicht aber dem Staate zusteht. Und

Digitized by Google

diese Folge ergibt sich ihm einmal einfach aus der in dem kirchenrechtlichen Schrifttume durchaus herrschenden Lehre von dem Wesen des landesherrlichen Kirchenregiments. Er weist es sodann aber auch selbständig nach aus der Rechtsgeschichte des landesherrlichen Kirchenregiments und der Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche. In diesen rechtshistorischen Ausführungen, die allein die Entwicklung in Brandenburg-Preußen im Auge haben, aber, indem die Verhältnisse in Deutschland überall durchaus ähnlich lagen, eine allgemeine Bedeutung haben, liegt der Schwerpunkt der kleinen Schrift. Der Verfasser führt uns zunächst vor, wie das landesherrliche Kirchenregiment zur Zeit der Reformation entstanden ist. Wie es den Landesherren übertragen und auch von ihnen übernommen wurde als ein fremdes, ein kirchliches Amt, das mit der Staatsgewalt an sich in gar keinem Zusammenhange stand. Sollte das Kirchenregiment später verstaatlicht worden sein, so, sagt er mit Recht, „muß ein Rechtsakt nachweisbar sein, durch den jenes aus dem Gefüge der Kirche losgelöst und mit der Staatsgewalt in eins verschmolzen ist". Ein solcher Rechtsakt ist aber nicht nachweisbar, auch nicht für den Ausgang des 18. und den Anfang des 19. Jahrhunderts, als in der Wissenschaft unter dem Einfluß der kollegialistischen Lehre ganz unklare Vorstellungen über das Wesen des landesherrlichen Kirchenregiments herrschten, die im Allgemeinen Landrecht ihren Ausdruck fanden, und als der preußische Staat durch die Not der Zeit gezwungen, das Behördenwesen möglichst zu vereinfachen, die Kirchenbehörden aufhob und deren Geschäfte den Staatsbehören übertrug. Jedenfalls wurde auch die äußerliche Verbindung, in die das Kirchenregiment mit der Staatsregierung in dieser Zeit gebracht wurde, bald wieder gelöst. Und wenn noch Zweifel über das Verhältnis der beiden Gewalten obwalten konnten, so verschwanden diese nach dem Erlasse der Verfassungsurkunde völlig. Es stand fest, daß der Landesherr in Dingen des Kirchenregiments unabhängig war von den Kammern, wie daß er zu kirchenregimentlichen Anordnungen der Gegenzeichnung des Ministers nicht bedurfte. War dieses aber Rechtens, so gehörte das Kirchenregiment nicht zur Staatsgewalt; es war eine mit dieser in keinem inneren Zusammenhange stehende Gewalt in der Kirche. Und an diesem Rechtsbestande hat sich auch in rechtskonstitutioneller Zeit nichts geändert. Ist dem aber so, dann ist mit dem Wegfalle des Landesherrn das Kirchenregiment auch nicht denen angefallen, die die Staatsgewalt übernommen haben. Als kirchliches Recht kann es nur an die Kirche gefallen sein, und der Staat hatte auch keinen Rechtstitel, es an sich zu ziehen und seine Ausübung zu regeln.

Mit welch großem Interesse die Schrift Berners aufgenommen ist, geht schon daraus hervor, daß in kürzester Zeit eine zweite Auflage notwendig geworden ist, die in einem Anhang eine treffende Kritik des § 5 des oben genannten, inzwischen erlassenen Staatsgesetzes vom 20. März d. Js. enthält, in dem einmal der richtige, aber selbstverständliche Satz ausgesprochen ist, daß zu den in der Staatsgewalt enthaltenen Befugnissen — nur diese stehen nach der Überschrift des Gesetzes in Frage —, „die nach den Gesetzen und Verordnungen dem Könige zustanden" und nunmehr bis auf weiteres von der Staatsregierung ausgeübt werden sollen, nicht auch „die Rechte des Königs als Trägers des landesherrlichen Kirchenregiments" gehören — in unmittel-

Digitized by Google

barem Anschlusse hieran aber angeordnet wird, daß diese Rechte „bis zum Erlasse der künftigen Verfassung auf drei von der Staatsregierung zu bestimmende Staatsminister evangelischen Glaubens übergehen". Mit Recht weist der Verfasser darauf hin, wie diese Bestimmung, die erst in der Sitzung der preußischen Landesversammlung auf Antrag von Abgeordneten der Demokratischen Partei in den Gesetzentwurf hineingekommen und nach ganz kurzer und oberflächlicher Erörterung angenommen ist, nicht nur die Beziehungen zwischen Staat und evangelischer Kirche in ihren Grundlagen verändert, sondern auch in unmittelbarem Widerspruche steht zum Wesen des religionslosen Staates und zu dem im Regierungsaufrufe vom 13. November 1918 verkündeten programmatischen Gesetzesgrundsatze der Trennung von Staat und Kirche, und wie wohl die Abgeordneten, welche diese Bestimmung veranlaßt haben, wie auch die ganze Landesversammlung sich hierüber wie über die gegenwärtige Rechtslage gar nicht klar waren: „Sie wußten nicht, was sie taten. Schuldlos ist allein die Staatsregierung."

Auch in der jetzt vorliegenden Gestalt wird die Schrift Berners hoffentlich in den weitesten Kreisen gelesen werden. Sie enthält an alle, die in die Lage kommen, Einfluß zu nehmen auf die Neugestaltung des Rechtslebens der evangelischen Landeskirchen, die ernste Mahnung, sich eingehend über die gegenwärtige Rechtslage zu unterrichten, damit nicht durch voreilige Entschließungen Rechte der Kirche aufgegeben und ihre Stellung dem Staate gegenüber ungünstiger gestaltet wird, als dies unbedingt nötig ist.

Göttingen. Schoen.

---

18. Dr. Erhard Neuwiem, Privatdozent an der Universität Breslau und Gerichtsassessor, Die kommunalen Zweckverbände in Preußen auf Grund des gemein-preußischen Zweckverbandsgesetzes vom 19. Juli 1911, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Gemeindeverbindungen. Liegnitz 1919. Verlag von H. Krumbhaar. 306 S. Preis geh. 15 *M*, geb. 18 *M*.

Zum Zweckverbandsgesetze vom 19. Juli 1911 liegen mehrere brauchbare kurze Kommentare vor; auch systematische Erörterungen hat es wiederholt in Dissertationen gefunden. Es fehlte aber bislang eine eindringende wissenschaftliche Untersuchung über das Gesetz wie über das Wesen der kommunalen Zweckverbände überhaupt. Diese Lücke in unserm Schrifttume will Neuwiem mit dem vorliegenden Werke ausfüllen, und es ist ihm, wie uns scheinen will, gelungen, seine Aufgabe vollkommen zu lösen. Auf breiter wissenschaftlicher Grundlage, dabei dauernd in enger Fühlung mit der Praxis, besonders unter guter kritischer Berücksichtigung der Rechtsprechung unseres Oberverwaltungsgerichts, entwickelt er vor uns das Wesen und das ganze Rechtsleben des gemein-preußischen Zweckverbandes, wie das genannte Gesetz vom 19. Juli 1911 es geordnet hat. Der durch besonderes Gesetz vom gleichen Tage geschaffene Zweckverband von Groß-Berlin ist vom Verfasser absichtlich und mit Recht nicht berücksichtigt; sind doch seine Organisation und die Abgrenzung seines Tätigkeitsgebiets so besonderer Art, daß sie sich nicht einfach in Anlehnung an die Erörterungen über den gemein-preußischen Zweckverband behandeln lassen, vielmehr eine selbständige Darstellung fordern.

Digitized by Google

Die Darstellung zerfällt in zwei Teile, einen allgemeinen und einen besonderen Teil. In jenem werden die Grundlagen und die Formen von Gemeindeverbindungen behandelt. Der Verfasser geht aus von dem Elemente der Gemeindeverbindung, der Gemeinde, deren Verhältnis zum Staate er besonders untersucht, mit dem Ergebnisse, daß die Gemeinde ihre öffentlichrechtlichen Obliegenheiten und ihre öffentliche Gewalt nicht, wie vielfach behauptet ist, vom Staate herleitet, sondern einen selbständigen Lebensberuf und einen eigenen, aus ihrem Daseinszwecke sich ergebenden Wirkungskreis hat. Es folgen Untersuchungen über die Aufgaben der Gemeinden, den Begriff und die Arten der Gemeindeverbindungen, als welche der Verfasser Gemeindeverbindungen auf privatrechtlicher und auf öffentlichrechtlicher Grundlage unterscheidet. Zu letzteren gehören die Zweckverbände im Sinne des Zweckverbandsgesetzes und die sogenannten Sammelgemeinden, die gut auseinandergehalten und in ihren Übereinstimmungen und Verschiedenheiten scharf und klar erfaßt sind. In dem besonderen Teile sind Aufgaben, Bildung, Verfassung, Autonomie, Finanzwesen der Zweckverbände, die sämtlichen Zuständigkeiten gegenüber den Zweckverbänden, insbesondere die staatlichen Aufsichtsrechte, und endlich die Rechtsstellung der verschiedenen Arten der Zweckverbände im Rechtsverkehr und die Anpassung des Zweckverbandes an andere öffentlichrechtliche Gebilde behandelt, durchweg in sehr ins einzelne gehender Weise, manchmal vielleicht sich zu sehr verlierend in die besondere Regelung, dadurch aber wieder auch für die Anwendung besonders brauchbar und fruchtbringend. Auf Einzelheiten einzugehen, ist hier kein Raum. Meinungsabweichungen in solchen könnten doch nicht genügend erörtert werden und können die Wertschätzung des ganzen Werkes in keiner Weise beeinträchtigen. Dasselbe kann zweifellos den Staatsbehörden, den Kommunalverwaltungen wie jedem, der in der Praxis oder in der Theorie sich mit kommunalen Fragen, die mit dem Zweckverband in Beziehung stehen, als zuverlässiger Ratgeber nur warm empfohlen werden. Daß die Zweckverbände aber auch nach der Neuordnung unserer öffentlichen Verhältnisse eine große, ja voraussichtlich stets steigende Bedeutung im kommunalen Leben haben werden, dürfte bei der ständig wachsenden Aufgabenfülle der Kommunen außer Frage stehen. Und wie auch die neue Regierung ihnen nur wohlwollend gegenüberstehen wird, kann schon aus dem sozialdemokratischen Kommunalprogramme von 1910 geschlossen werden, welches die Schaffung von Zweckverbänden zur Durchführung gemeinnütziger Unternehmungen ausdrücklich empfiehlt.

Göttingen. Schoen.

---

19. Dr. Josef Kohler, Professor der Rechte in Berlin, Einführung in die Rechtswissenschaft. Fünfte, neu durchgearbeitete Auflage. Leipzig 1919. A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Werner Scholl. IV und 226 S. Preis geb. 10,80 *M*.

Am 9. März d. Js. hat Josef Kohler seinen 70. Geburtstag gefeiert. Siebzig Jahre sind an sich eine lange Zeit, aber nur höchst selten hat jemand auch in einem gleich weit ausgedehnten Leben so viel geleistet wie er. Ganz

Digitized by Google

abgesehen von dem, was auf anderen Gebieten liegt, namentlich denen der Philosophie und der Kultur, der Dichtkunst und der Musik, welch' eine gewaltige Fülle von Belehrung und Anregung verdankt ihm die Wissenschaft des Rechtes und mit dieser nicht minder die Anwendung des Rechtes! Wenngleich das Patent- und das Urheberrecht, das bürgerliche Recht, das Strafrecht, das Zivilprozeßrecht und das Völkerrecht sowie die Rechtsvergleichung die Hauptgegenstände seines Schaffens gebildet haben, gibt es doch kaum einen sonstigen Rechtsteil, den er nicht bloß berührt, sondern auf den er nicht fördernd und befruchtend eingewirkt hat. Allem prägt er seinen eigenartigen genialen, zeitlich und örtlich weit umfassenden Geist auf. Hierdurch kommt er freilich gewiß mitunter zu einem Sichhinwegsetzen über die Ansichten anderer und zu einer freien Handhabung der Gesetzesvorschriften, wie sie die in den hergebrachten Bahnen groß gewordenen und sich weiter bewegenden Juristen nicht zu billigen, vielfach nicht einmal zu verstehen vermögen. Aber auch sie werden zugeben müssen, daß infolgedessen dem, was immer Kohler schreibt, ein besonderer Reiz anhaftet, der das Lesen in ihm und die Beschäftigung mit ihm, auch wenn sich für das Gewünschte darin unmittelbar nichts findet, zu einem Genusse macht und stets von neuem fesselt.

Selbst die harten Zeiten von dem Ausbruche des Weltkriegs ab haben Kohlers erstaunliche Arbeitsfähigkeit und Lebensfrische nicht beeinträchtigt. Das bezeugen die seitdem von ihm veröffentlichten zahlreichen Bücher, teils ganz neue teils neu aufgelegte, Abhandlungen und Aufsätze, unter ihnen oft solche, in denen ein starkes Vaterlandsgefühl und ein unerschütterlicher Glauben an Deutschlands nicht zerstörbares Fortgedeihen zum Ausdrucke gelangt sind. Auch für die Zukunft ist daher noch viel Hervorragendes und des größten Dankes Wertes von ihm zu erwarten.

Ein für besonders weite Kreise erfreulicher Beweis für diese ungeachtet der 70 Jahre und der Sorgen der letzten Zeit fortdauernde Kraft und Lust zum Arbeiten und Wirken und für das ungeschwächte Vertrauen zur Zukunft liefert das jetzt zur Besprechung vorliegende Buch, dessen Vorwort als Zeitangabe den Jahresschluß 1918 trägt und zuletzt in dem Satze ausklingt: „Die deutsche Rechtswissenschaft jedenfalls ist die erste der Welt und wird es bleiben." Die vierte Auflage ist erst 1912 erschienen, und zwar insofern geändert, als das Strafrecht und das Völkerrecht wesentlich verkürzt worden waren, weil alsbald ein Grundriß des Strafrechts und ein Grundriß des Völkerrechts erscheinen sollten. Die zweite und die dritte Auflage sind im Verwaltungsarchiv Bd. 14 S. 419 und Bd. 16 S. 593 angezeigt worden. Dem dort Gesagten sei jetzt noch folgendes hinzugefügt: Ist jemand berufen, eine Einführung in die Rechtswissenschaft zu verfassen, so ist es Kohler. Denn, wie er durchaus zutreffend schon in dem Vorworte zur ersten Auflage bemerkt hatte, muß man, um ein Bild der gesamten Rechtswissenschaft zu geben, das nur soviel von dem Einzelnen hervorkehrt, als nötig ist, um das Ganze zu kennzeichnen, und das unter der Fülle von Einzelheiten den Gesamtblick nicht beeinträchtigt, auf einer hohen Warte stehen. Wer aber stände wohl auf einer höheren Warte als gerade er mit seiner Weltbürgerlichkeit innerhalb und außerhalb des Rechtes! Die früheren Zeiten haben bei der damaligen Begrenztheit des menschlichen

Digitized by Google

Wissens und Könnens häufiger Männer gehabt, die ihm gleichkamen; in der Neuzeit gibt es jedoch außer ihm von solchen nur noch ganz wenige.

An der Gesamtanlage und den Grundlagen des Buches war gegenüber der vierten Auflage von vornherein Wesentliches nicht mehr zu ändern und ist in der fünften Auflage auch nicht geändert worden. Insbesondere ist die Behandlung des Strafrechts und des Völkerrechts nicht wieder ausgedehnt, wozu auch um so weniger Veranlassung vorlag, als Kohler 1912 einen Leitfaden des deutschen Strafrechts und 1918 Grundlagen des Völkerrechts veröffentlicht hat. Bei der Bezeichnung als einer neu durchgearbeiteten Auflage handelt es sich somit nur um Einzelheiten. Noch immer ist die Einführung in die Rechtswissenschaft nicht das, was so oft unter verschiedenen Namen (Enzyklopädie und Methodologie oder Propädeutik des Rechtes, Grundriß oder Grundzüge der Rechtswissenschaft u. dgl. mehr) angekündigt worden ist und noch angekündigt wird. Ich habe aber kein Bedenken, sie für die geistvollste von allen bisherigen gleichartigen Einführungen zu erklären. Trotzdem oder vielleicht gerade deswegen wird unter den Jüngern der Rechtswissenschaft, auf die das Buch hauptsächlich berechnet ist, vielleicht mancher, der daraus Bestimmtes lernen wollte, enttäuscht sein, weil es ihm hierfür zu wenig Tatsächliches und Greifbares bietet. Dagegen wird, wer schon älter ist, wie stets der Verwaltungsbeamte und der Verwaltungsrichter, und wer das Bedürfnis fühlt, für den kleinen Rechtskreis, in welchem er sich bewegt, den Zusammenhang mit dem Ganzen des Rechtes aufzusuchen, das Eingehen auf bereits anderweit Ausgesprochenes und die nähere Begründung der vorgetragenen eigenen Meinungen nicht zu sehr vermissen. Alle diese werden vielmehr das insoweit und bei den Einzelheiten des gesetzten und ungesetzten Rechtes Fehlende durch eigenes Nachdenken und durch Zurückgehen auf die zwar nicht reichlich, aber doch immerhin in wesentlicher Ergänzung angezogenen Stellen aus anderen Schriften Kohlers auszufüllen im Stande sein. Für sie hat das Buch schon früher großen Wert gehabt und wird ihn noch mehr in der jetzigen Auflage haben. Außerdem ist gegenwärtig, wo weit stärker als sonst das Recht und die Pflicht eines jeden Staatsbürgers und einer jeden Staatsbürgerin, eine politische Ansicht zu haben, betont und mit der hierzu erforderlichen Urteilsfähigkeit gerechnet wird, dafür noch ein Bedürfnis entstanden. Denn zu einer politischen Ansicht ist vielfach auch eine nicht unerhebliche Kenntnis des Rechtes erforderlich, und diese allgemeine Kenntnis sich zu verschaffen, ist Kohlers Buch wohl geeignet. Freilich ist sie nicht schon durch einen oberflächlichen Einblick, sondern erst durch eine eindringende Beschäftigung mit ihm, welche durch das Sachverzeichnis erleichtert wird, zu erreichen. Seine weite Verbreitung sowohl unter den Regierten wie auch unter den Regierenden oder Mitregierenden oder, falls von jenen und diesen, obwohl es noch eine Reichsregierung, eine Preußische Regierung usw. gibt, nicht mehr in dem bisherigen Sinne zu reden sein sollte, unter denen, welche den früher so Bezeichneten gleichzustellen sind, wäre deshalb zu wünschen und könnte sehr nützlich wirken.

Dr. Schultzenstein.

---

20. Dr. Rudolf Laun, o. ö. Professor der Universität Wien, Zum Neuaufbau Deutschösterreichs und des neuen

Digitized by Google

Deutschlands. Flugschriften zum Neuaufbau Deutschösterreichs. Heft 1. Neue Folge der Flugschriften für Österreich-Ungarns Erwachen. Heft 37. Verlag Ed. Strache in Wien und Leipzig. 1919. 42 S.

Die Juristische Gesellschaft in Wien hat im Winter 1918/19 eine Reihe von Vorträgen und Diskussionsabenden veranstaltet, welche sich mit dem Aufbau des neuen deutschösterreichischen Staates befaßten. Zuerst wurde die Verfassung behandelt, sodann die Verwaltung, weiter der Rechtsschutz in der Verwaltung. In der vorstehenden Schrift ist unter Nr. 1: „Die Staatsform", Nr. 2: „Der Staatssozialismus", Nr. 3: „Der Rechtsschutz in der Verwaltung" und Nr. 4: „Der Anschluß Deutschösterreichs an das Deutsche Reich" dasjenige abgedruckt, was in jener Gesellschaft der auch außerhalb Österreichs wohlbekannte Lehrer des Staats- und Verwaltungsrechts am 27. November 1918 und am 15. Januar 1919 gesprochen und vorgetragen hat, teilweise in einer Erweiterung durch Anführungen und andere, sachlich nicht wesentliche Zusätze.

Aus der ersten Rede sei hervorgehoben, daß der Verfasser von allen bisher bekannten Staatsformen die Präsidentschafts-Republik im allgemeinen für die beste hält, dabei jedoch hinzufügt, die Präsidentschafts-Republik setze voraus, daß ein übereinstimmender (homogener) Volkskörper vorhanden sei, welcher sich auch bei noch so demokratischer Verfassung einer starken einheitlichen Spitze unterordnet, und daß das Volk zur republikanischen Staatsform reif sei. Wer aber vermag das Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen auch nur mit einiger Gewißheit zu beurteilen, bevor jene Staatsform eingeführt worden ist? Ob sie, namentlich die letzte, gegeben sind, kann sich erst herausstellen, nachdem die republikanische Staatsform bereits längere Zeit bestanden hat, und darum, ob man zu ihr übergehen soll und darf, handelt es sich doch gerade. In der zweiten Rede wird als ein Weg, der zum Ziele führe, um vom kapitalistischen zum staatssozialistischen Wirtschaftssysteme zu gelangen, mit den Schlagworten bezeichnet: „Zentralisierte Gesetzgebung und dezentralisierte Verwaltung", beides freilich wieder nur mit einem gewissen Vorbehalte. Vom Standpunkte des Verwaltungsarchivs kommt besonders in Betracht der Vortrag unter Nr. 3, dieser umsomehr, als in ihm auf bisherige Verhältnisse nicht bloß in Österreich, sondern auch im Deutschen Reiche eingegangen wird. Als erste Forderung, die zugunsten des Rechtsschutzes der Einzelnen gegenüber zuweitgehenden Geboten und Verboten der Verwaltung erhoben werden müsse, ist hingestellt worden: „klare und scharfe Abgrenzung der Freiheit der Verwaltung von der zu schützenden Rechtssphäre des Einzelnen". Bei Erörterung des Verwaltungsverfahrens einschließlich des Verwaltungszwangsverfahrens wird unter anderem das preußische Beschlußverfahren als auch in der demokratischen Republik beizubehalten oder nachzuahmen empfohlen. Wider die bisherige Stellung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs nicht als einer Revisions-, sondern einer bloßen Kassationsinstanz wird, wie auch schon anderweit oft, eingewendet, daß und weshalb diese Regelung sich nicht bewährt habe, und einer solchen Beschränkung gegenüber hauptsächlich geltend gemacht: Bei Polizeiverboten genüge es vielleicht im allgemeinen, wenn sie aufgehoben würden. In wirtschaftlichen Dingen aber brauche man eine Gerichtsbarkeit, welche den Staat zu Leistungen

Digitized by Google

verurteile. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit werde immer mehr zu einem Sondergerichtsstande der öffentlichen Verwaltung. Die Unterscheidung zwischen dem bürgerlichen Rechte und dem Verwaltungsrechte (privaten und öffentlichen Rechte), die schon heute eine unklare, schwankende sei und überhaupt nicht auf einem einheitlichen Prinzipe beruhe, sondern bei näherer Untersuchung in eine Mehrzahl einander kreuzender Unterscheidungen zerfalle — wobei Laun auf seine Ausführungen im Archiv des öffentlichen Rechtes 30. Band S. 397 ff. verweist —, werde immer mehr verwischt, je mehr der Staat und die anderen öffentlichen Körperschaften selbst wirtschafteten. Der Rechtsschutz des Einzelnen sei im Staatssozialismus ein anderer als bisher. Mit der scharfen Grenze zwischen dem öffentlichen und dem privaten Rechte falle auch die scharfe Grenze zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten. Auch in Österreich werde man mit der Zeit, falls man nicht eine Verschmelzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorziehe, sich zu einem instanzmäßigen Aufbau von Verwaltungsgerichten, vorläufig wenigstens mit beschränkten sachlichen Zuständigkeiten, entschließen müssen, neben und über denen der Verwaltungsgerichtshof zu bleiben hätte. Namentlich Sondergerichte für einzelne Verwaltungs- und Wirtschaftszweige dürften von großem Werte sein. Laun gelangt, was auch für uns wertvoll ist zu hören, zu unserem Systeme des instanzmäßigen Aufbaus, dies allerdings unter Ablehnung der preußischen „taxativen Aufzählung". In den Bemerkungen unter Nr. 4 tritt Laun mit Entschiedenheit für den Zusammenschluß Österreichs mit dem Deutschen Reiche ein und verlangt, mutig und unzweideutig auszusprechen, daß erpreßte Verträge nicht als gültig anzuerkennen seien und ihre Anfechtung vorbehalten werden müsse. Vorläufig sei jedoch an der Zuversicht festzuhalten, daß die Tatsachen doch noch über die Lügen und Mißverständnisse der Gegner triumphieren würden, und daß die nationale Vereinigung, die allen Völkern gewährt würde, den Deutschen nicht vorenthalten werde.

Die sämtlichen, in der Schrift wiedergegebenen Ausführungen einschließlich derjenigen, welche deutsches Verwaltungsrecht, nicht Verfassungsrecht oder sonst vorwiegend österreichische Zustände betreffen, verdienen überall wegen der bedeutenden Persönlichkeit Launs sowohl als wegen ihres Inhalts volle Beachtung. Ihre ansprechende Form macht das Lesen nicht bloß leicht, sondern teilweise sogar zu einem Genusse. Das gesprochene Wort hat gewiß eine noch größere Wirkung auf die Zuhörer ausgeübt.

Dr. Schultzenstein.

---

21. Georg Meyers Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. In 7. Auflage bearbeitet von Georg Anschütz. 3. Teil (Schluß). Mit einem Nachtrage. München und Leipzig, Duncker & Humblot. 1919. Preis 12 ℳ, für das Gesamtwerk, XII und 1067 S., 38 ℳ [1]).

---

[1]) Die Besprechungen der früheren Teile aus der Feder des Herrn Professors Wolzendorff befinden sich Bd. 23 S. 546 und Bd. 27 S. 151

Digitized by Google

Die 7. Auflage dieses Lehrbuchs lag zu zwei Dritteln veröffentlicht und zur Hälfte des dritten Drittels für den Druck fertig vor, als die Revolution vom 9. November die Grundlagen des deutschen Staatsgebildes, deren Darstellung das Werk zum Gegenstand hat, von Grund aus umgestaltete. Es lag deshalb die Frage nahe, ob der Verfasser nicht die Feder aus der Hand legen und das Werk ein Torso bleiben werde. Die Gründe, aus denen er diese Frage verneint hat, sind so durchschlagend, daß wir nichts besseres tun können, als sie hierher zu setzen. Er sagt S. IV: „Abgesehen von der historischen Bedeutung, welche dem vor unseren Augen zertrümmerten Reichsbau, dem Deutschland der Bismarckzeit, für alle Zeiten auch dann innewohnen wird, wenn niemals wieder etwas ihm Gleiches aus dem Schutte erstehen sollte, wird niemand bestreiten, daß viele Abschnitte dieses Buches ihren seitherigen Wert in jedem Falle behaupten werden. Dies gilt vor allem von der Darstellung der Grundbegriffe des Staatsrechts und von den Kapiteln, welche der ferneren staatsrechtlichen Vergangenheit Deutschlands gewidmet sind, ebenso aber auch von den Erörterungen über die zahlreichen Dinge, die aus dem alten in das neue Staatsrecht vorläufig unverändert übernommen sind. . . . Und über dem allen: auch das neue Deutschland, das Kind des verlorenen Krieges und der Revolution, es wird nicht so neu sein, daß es jede Anknüpfung an das Gewesene, an die bisherige Reichsverfassung, an den monarchisch-konstitutionellen Beamtenstaat des 19. Jahrhunderts, an die Ideen von 1848 vermissen läßt. Wahrscheinlich werden solche Anknüpfungen und Zusammenhänge in viel größerer Fülle vorhanden sein, als revolutionärer Enthusiasmus es sich jetzt träumen läßt. . . ." Dem kann nur vollinhaltlich zugestimmt werden. Die 7. Auflage des Meyer-Anschütz ist damit die letzte zeitgenössische Beschreibung des gesamten deutschen Staatswesens, so wie es vor der Staatsumwälzung in Reich und Einzelstaaten ausgesehen hat, geworden. Für die Zukunft ist seine Bedeutung eine dreifache: einmal als formell und materiell vollendete Darstellung des weiter geltenden Rechtes, ferner als Monument der in den letzten Jahrzehnten so hoch entwickelten und fein durchgebildeten Staatsrechtswissenschaft und endlich als Darstellung des historisch gewordenen alten Rechtes, auf das um so öfter wird zurückgegriffen werden müssen, als die Ideenarmut, unter der sich die Schöpfung der neuen Verfassungen vollzieht, unverkennbar ist. In dieser letzten Beziehung wird das Werk aber hoch über der 5. Auflage von Zoepfls 1863 erschienenen Grundsätzen des gemeinen deutschen Staatsrechts stehen, dem diese Aufgabe für das Recht des alten deutschen Bundes als letzter Darstellung seines Staatsrechts zugefallen war.

Sehr bemerkenswert und tief empfunden sind die Worte, mit denen Anschütz an der vorerwähnten Stelle von Bismarcks Gründung Abschied nimmt, indem er seinem Werke den Beruf zuweist, die Erinnerung wachzuhalten an eine Epoche deutschen Staatslebens, die unserem Volke mit der Erfüllung seines Einheitstraumes ein vordem von vielen ersehntes, von wenigen für möglich gehaltenes Maß von Macht, Glück und Glanz gebracht hat, während er der Nachwelt das Urteil darüber vorbehalten will, ob die Ergebnisse der Revolution gegenüber dem, was an politischer Freiheit und sozialer Gerechtigkeit im bisherigen Deutschen Reiche schon vorhanden war,

Digitized by Google

oder doch ohne gewaltsame Umwälzung erreichbar gewesen und auch sicher erreicht worden wäre, in irgend einem Sinne einen Fortschritt bedeuten. Die Frage stellen, heißt sie beantworten.

Der vorliegende dritte Teil behandelt aus dem 3. Buche des Werkes die Lehre von Justiz und Verwaltung mit den Einzelgebieten der letzteren; außerdem das 4. Buch mit den Rechtsverhältnissen der Untertanen. Die Durcharbeitung ist wieder auf das Minutiöseste durchgeführt, insbesondere durch eingehende Verwertung der jüngsten Literatur, in welcher Hinsicht als Beispiel auf die Anmerkung A zu § 222, betreffend die öffentlichrechtliche Entschädigung, hinzuweisen ist, wie durch Zusätze, gänzliche Umarbeitung älterer Teile und größere Einschaltungen im Texte. Unter letzteren fallen insbesondere auf die Ausführungen über das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen, das Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung, die Begriffe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, das Konfliktrecht bei der Verfolgung von Beamten, die Konstruktion vom Militär- und Marinehoheit, die Umbildung der Matrikularbeiträge, die Veräußerung von Staatsvermögen, die Rechtsfragen des Budgetrechts, die Reichsaufsicht über die Einzelstaaten und das Vereins- und Versammlungsrecht. Diese Zusätze bedingen eine Erweiterung des dritten Teiles um 52 Seiten, während das Gesamtwerk um 150 Seiten gewachsen ist.

Den Beschluß des Werkes bildet ein Nachtrag, in welchem der Verfasser in der ihm eigenen klaren, lichtvollen und bestimmten Weise die Brücke zu dem gegenwärtigen Zustande schlägt. Der erste Abschnitt behandelte die staatsrechtlichen Reformen und Reformbestrebungen während der Kriegszeit bis zu den einschneidenden Gesetzen vom 28. Oktober 1918, denen eine Wirksamkeit nicht mehr beschieden war, der zweite die Ursachen und den Ausbruch der Revolution; hier wird im Lapidarstile mit einer durchleuchtenden Klarheit eine Analyse unserer derzeitigen Verhältnisse gegeben, die die meisten nicht ohne tiefe Bewegung, niemand aber ohne angespanntes Interesse lesen wird. Mit unvergleichlicher Klarheit weist Anschütz die Mängel des alten Regimes nach; aber „nicht sie, die er nur als loca minoris resistentiae bezeichnet, haben die Revolution hervorgerufen, sondern der Ausgang des Krieges; die Revolution ist von einem meuternden Heere und der radikal-sozialistischen Arbeiterschaft gemacht worden". Der 3. Abschnitt endlich behandelt die Anfänge des neuen Staatsrechts, indem er die wichtigsten verfassungspolitischen Ereignisse und Wendungen bis zum März 1919 aneinanderreiht; er ist vorzüglich geeignet, den Zusammenhang der Dinge, der unter der Fülle der auf uns einstürmenden Ereignisse schon manchem verloren gegangen sein mag, wieder zum vollen Bewußtsein zu bringen. Auf die Entwicklung der Bewegung in den Einzelstaaten erstreckt sich diese Übersicht allerdings nicht. Auch hat der Verfasser die Gelegenheit zu den aus dieser Entwicklung erwachsenen Hauptstreitfragen, insbesondere über die gesetzgebende Gewalt der revolutionären Machthaber, über die Kompetenzabgrenzung zwischen Reich und Einzelstaaten in der Übergangszeit, die Fortdauer der süddeutschen Reservatrechte usw. sich exkursweise zu äußern, wohl mit Rücksicht auf seine sonstigen Aufsätze in anderen Zeitschriften nicht benutzt.

Digitized by Google

Mit Labands Reichsstaatsrecht, Otto Mayers Deutschem Verwaltungsrechte stellt Anschütz' Deutsches Staatsrecht die Gipfelpunkte dar, die die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Wilhelminischen Zeitalter erreicht hat. Ihr Stoff gehört nunmehr der Vergangenheit an. Vor der Zukunft stehen drei große Fragezeichen. Wird in dem neuen Deutschland die Staatsrechtswissenschaft, wie die Wissenschaft überhaupt, die errungene Höhe behaupten können? Wie wird das deutsche Staatsrecht aussehen, wenn dieses Werk in einer Neubearbeitung erscheint? Wird es überhaupt ein Deutschland geben, dessen Staatsrecht zu wissenschaftlicher Bearbeitung nötigt? Es bedarf eines starken Optimismus, auf diese Fragen eine beruhigende Antwort zu geben.

v. Keil.

Digitized by Google

Kurze Anzeigen.

Dr. Fr. Schlutius, Oberverwaltungsgerichtsrat (jetzt Reichsfinanzrat), Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts auf dem Gebiete der Gemeindeeinkommensteuer. Zusammengestellt. Berlin 1919. Carl Heymanns Verlag. VII und 326 S. Preis 10 *M*.

Seit einer Reihe von Jahren bis vor kurzem sind im Preußischen Verwaltungs-Blatte auf dem Gebiete des Gemeindeeinkommensteuerrechts ergangene Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts in kurzen Auszügen veröffentlicht worden. Diese Auszüge sind jetzt in dem angezeigten Buche zusammengestellt und bis zum Sommer 1918 fortgeführt. Es ist Vorsorge getroffen, daß in Zukunft die Zusammenstellungen aus dem Preußischen Verwaltungs-Blatte in Sonderabdrücken ausgegeben werden und sich als Hefte dem Buche hinzufügen lassen. Das letztere wird dadurch auf lange Zeit vor dem Veralten bewahrt bleiben. Die früher veröffentlichten einzelnen Entscheidungsauszüge sind zusammengefaßt und sämtliche Auszüge nach der Reihenfolge der den Gruppen von ihnen vorangestellten Paragraphen des Kommunalabgabengesetzes, des Kreis- und Provinzialabgabengesetzes und des Einkommensteuergesetzes geordnet worden. Ein eingehendes Sachverzeichnis erleichtert das Auffinden noch mehr.

Wenn man es hiernach auch nicht mit einer Verarbeitung, sondern mit einer bloßen Zusammenstellung zu tun hat, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Buch sich sehr nützlich erweisen wird, und zwar nicht nur bei der Anwendung des Gemeindeeinkommensteuerrechts für alle, von denen oder gegenüber denen die Anwendung stattzufinden hat, indem es ihnen einen schnellen und zuverlässigen Überblick über die maßgebende Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs gibt, sondern auch für die Lehre dieses Rechtes dadurch, daß es die Ermittlung des vielen hierfür in den Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts ebenfalls enthaltenen Stoffes zu erleichtern wohl geeignet ist.

Wertvoll würde es gewesen sein, wenn da, wo die Entscheidungen Vorschriften zum Gegenstande haben, welche von allgemeiner Art sind, namentlich solche über das Verfahren (Heranziehung, Einspruch, Klage usw.), auf einschlagende Entscheidungen der anderen, nicht mit der Gemeindeeinkommensteuer befaßten Senate des Oberverwaltungsgerichts hingewiesen worden wäre, sei es, wenn sie übereinstimmen, zur Bekräftigung der mitgeteilten Entscheidun-

Digitized by Google

gen der Einkommensteuersenate, sei es, wenn sie, wie mitunter, nicht übereinstimmen, zur Hervorhebung der Zweifelhaftigkeit und behufs Anregung erneuter Prüfung.

Auffällt, daß S. 170 und S. 171 der § 70 des Kommunalabgabengesetzes und S. 297 der § 65 des Einkommensteuergesetzes abgedruckt sind, ohne die durch das Kriegsgesetz zur Vereinfachung der Verwaltung vom 13. Mai 1918 herbeigeführten Änderungen des § 70 sowie der Unbeschränktheit der zugelassenen Revision und des § 65 auch nur zu erwähnen.

Fritz Fleiner, o. Professor an der Universität Zürich, Verwaltungsrechtsfälle, zum akademischen Gebrauche bearbeitet. Zweite vermehrte Auflage. Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1919. 72 S. Preis 3 *M*.

Gegenüber der ersten, in Bd. 17 S. 175 des Verwaltungsarchivs angezeigten Auflage ist eine Vermehrung von 70 auf 80 Fälle erfolgt; die neu hinzugefügten sind gleichfalls zweckmäßig und geschickt ausgewählt. Auch bei ihnen handelt es sich um allgemeine Fragen des Verwaltungsrechts, nicht um ein bestimmtes Sonderrecht. Das Schriftchen ist daher, wie es bei der ersten Auflage der Fall gewesen, wieder über den eigenen akademischen Gebrauch des Verfassers hinaus anderweit mit gutem Nutzen verwendbar.

Jahrbuch der Rechtsprechung und Rechtslehre zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrechte des Reichs und der Bundesstaaten, herausgegeben von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayr. Hofrat, Dr. Otto Warneyer, Sächs. Oberlandesgerichtsrat, und Dr. K. Becker, Geh. Justizrat, Vortr. Rat im preuß. Justizministerium. 19. Jahrgang. Stuttgart und Berlin. Deutsche Verlags-Anstalt. XIII und 465 S. Preis geb. 18 *M*.

Schon vor längeren Jahren ist mehrfach geltend gemacht worden, daß unser Schrifttum unter einem Überfluß an wesentlich gleichartige Zwecke verfolgenden, von verschiedenen Schriftleitungen herausgegebenen und meist in mehreren Verlagshandlungen erscheinenden Zeitschriften leide, deren Bestehen nebeneinander nicht nur für das Gedeihen jeder einzelnen von ihnen hinderlich, sondern auch der Sache selbst schädlich sei; es erscheine geboten, hierin Wandel zu schaffen. Die Mahnrufe, die forderten, in solcher Weise überflüssige Zeitschriften eingehen zu lassen, sind erfolglos geblieben. Der Überfluß besteht noch immer fort. Die gegenwärtigen schweren Zeiten, die jeden unnützen Aufwand von Menschenarbeit und Geld für jetzt und auch in Zukunft verbieten, erheischen dringend seine Abstellung. Diese ist auf zweierlei Wegen zu erreichen. Entweder werden die entbehrlichen Zeitschriften ganz aufgegeben. Das stößt aber meist auf besondere Schwierigkeiten. Denn die Verlagshandlungen und die Herausgeber werden sich von ihrer Zeitschrift, die, wenn auch bei ihr mit einem Fehlbetrage gearbeitet worden ist und voraussichtlich mit einem noch größeren Fehlbetrage wird weiter gearbeitet werden müssen, doch alt und angesehen ist, ungern trennen und sie in der Hoffnung auf künftige bessere Zeiten so lange, als es irgend möglich ist, trotz

Digitized by Google

des ferneren Verlustes noch weiter fortführen; dies umsomehr, als für die Aufgabe der einen Zeitschrift seitens ihrer Verlagshandlung die Verlagshandlung der anderen nicht geneigt sein wird, eine Entschädigung zu gewähren, der letzteren daher ein unter Umständen nicht unerheblicher Gewinn in den Schoß fallen kann. Dennoch ist in neuester Zeit dieser Weg bereits beschritten worden. Aber er hat zu dem jetzt teils notwendigen, teils wenigstens erwünschten Ziele nur selten und nicht genügend geführt und wird dazu auch ferner nur ausnahmsweise führen. Der zweite Weg ist der, durch einen schiedlich-friedlichen Ausgleich die mehreren Zeitschriften in der Hand einer Verlagshandlung sowie tunlichst unter den beiden bisherigen Schriftleitungen, bei Herübernahme aller ihrer Mitarbeiter und mit den bewährten gemeinschaftlichen Zwecken zu einer Zeitschrift zu verbinden, mithin die Zeitschriften, statt daß sie sich Konkurrenz machen, vielleicht sogar befehden, mit vereinten Kräften die vorhandenen Schwierigkeiten weiter bekämpfen zu lassen. Es liegt auf der Hand, daß dieser zweite Weg leichter gangbar, regelmäßig für alle Beteiligten zweckmäßiger und vor allem der Sache dienlicher ist, weil dabei ein Arbeiten zusammen, nicht mehr ein bloßes Arbeiten nebeneinander oder ein Arbeiten gegeneinander stattfindet und die Eigenarten und besonderen Vorzüge einer jeden Zeitschrift voll erhalten werden können.

Der letztere Weg, welcher dem des jetzt nicht seltenen Zusammenschlusses von verwandten Betrieben, namentlich auch Verlagshandlungen, entspricht, ist nun bei dem vorliegenden Jahrbuch eingeschlagen worden, und zwar in geradezu vorbildlicher Art mit ebenso großem Geschick als Aussicht auf Erfolg. Früher hatten mit in der Hauptsache gleichen Zwecken seit ziemlich gleich langer Zeit (1900 u. 1903) „Soergels Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- u. Prozeßrechte“ und „Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen A (Zivil-, Handels- und Prozeßrecht)“ bestanden. Beide Werke sind allgemein zum Besten der Wissenschaft und der Anwendung der bezeichneten Rechte und gewiß auch nicht zum Schaden derjenigen, die bei ihnen beteiligt gewesen sind, verbunden worden und werden nur ein und dasselbe Unternehmen bilden. Die Herausgeber sind der Gründer der Rechtsprechung und der Gründer des Jahrbuchs, denen sich ein langjähriger Mitarbeiter der Rechtsprechung angeschlossen hat. Verlagshandlung ist die der Rechtsprechung geblieben. Das so geschaffene neue Jahrbuch schließt sich seinen Vorgängern, dem 18. Jahrgange der Rechtsprechung von 1917 und dem 16. Jahrgange des Jahrbuchs gleichfalls von 1917 unmittelbar an, so daß diejenigen, die sich an ihr Jahrbuch gewöhnt hatten, in dem jetzigen nur eine neue Auflage ihres bisherigen finden. Die bewährten Eigenarten und Vorzüge der beiden Vorgänger sind übernommen worden. Als solche bezeichnet das Vorwort mit Recht insbesondere die Schlagworte vor jedem Rechtssatze, die Zusammenstellung der zu den Kriegsgesetzen und Kriegsverordnungen ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts, die kurze Wiedergabe des Inhalts der Abhandlungen und Aufsätze sowie das alphabetische Register zum gesamten Reichsrechte. Ihnen sind vom Standpunkte des Berichterstatters aus namentlich noch hinzuzufügen die, nach Stichworten zu urteilen, soweit erreichbar, erschöpfende und zuverlässige Mitteilung aller veröffentlichten Entscheidungen, Abhandlungen und Aufsätze und die alles Wesentliche enthaltenden bündigen und klaren

Digitized by Google

Auszüge aus ihrem Inhalte. Mitunter freilich wäre eine etwas größere Ausführlichkeit dieser Auszüge wünschenswert gewesen, vgl. z. B. Nr. 1, 5 und 8 zu § 29 sowie Nr. 10 zu § 91 ZPO. Das Sachverzeichnis — 60 Spalten — entspricht dem Bedürfnisse vollständig; es umfaßt sowohl die Entscheidungen wie die Zeitschriften sämtlich. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das neue Jahrbuch sehr hoch gespannten Anforderungen, die dafür namentlich in bezug auf Vollständigkeit und Zuverlässigkeit gestellt werden können, durchaus genügt. Allen, die hierzu beigetragen haben, hauptsächlich aber den Herausgebern für ihre jetzige mühevolle, außerordentlich große Arbeit, für die sich nicht viele eignen und bereit finden, gebührt rückhaltlos Dank und Anerkennung.

Was am Schlusse des Vorworts ausgesprochen wird, das Jahrbuch in seiner neuen Gestalt möge vor allem auch die Handhabung und Weiterentwicklung des Rechtes zu Nutz und Frommen des deutschen Volkes erleichtern und fördern, wird sich sicher verwirklichen. Nicht nur die Handhabung des Rechtes und die bei dieser und durch diese stattfindende Weiterentwicklung desselben werden von der beständigen Benutzung des Jahrbuchs reichen Gewinn haben, sondern auch die eigentliche Wissenschaft des Rechtes. Denn selbst wer nur der letzteren dient und sich mit ihr beschäftigt, vermag nicht alles dazu Notwendige, was an so vielen Stellen zerstreut ist, allein zu ermitteln, mindestens wird auch ihm das Aufsuchen dessen, was er gebraucht und nicht übersehen darf, sehr vereinfacht, und viele Zeit und Arbeit werden ihm erspart.

Obschon sich das Jahrbuch als bloß ein solches zum Zivil-, Handels- und Prozeßrechte nennt, so hat es doch ebenfalls für Kommunalverwaltungen, Banken usw. wie namentlich für Verwaltungsbeamte und Verwaltungsrichter recht erheblichen Wert. Denn auch sie haben ja oft sich mit jenen Rechtsgebieten zu beschäftigen und erhalten den sichersten und schnellsten Aufschluß über das, was ihnen nottut, durch das Jahrbuch. Außerdem überschreitet dieses gleich seinen Vorgängern oft die genannten Rechtsgebiete, wie sich das bei dem Fehlen einer festen Grenze gegenüber dem Verwaltungsrechte von selbst ergibt, und enthält vieles, was von Verwaltungsbeamten und Verwaltungsrichtern unmittelbar und oft anzuwenden ist. Hierhin gehören, um nur einiges beliebig herauszugreifen, das Börsengesetz, das Doppelsteuergesetz, das Kriegsleistungsgesetz, das Kriegssteuergesetz, das Leuchtmittelsteuergesetz, das Personenstandsgesetz, die Zeugengebührenordnung und das Zuwachssteuergesetz sowie ein großer Teil von den berücksichtigten Kriegsgesetzen und Kriegsnotverordnungen. Die Zivilprozeßordnung ferner ist für das Verwaltungsstreitverfahren teils schlechthin für unanwendbar erklärt worden, teils vielfach mittelbar anzuwenden. Manche Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes aus allen seinen Teilen spielen eine große Rolle, besonders im Steuer- und Abgabenrechte. Bei den Landesrechten ist öfter sogar über das Zivil- usw. Recht hinausgegangen; so sind z. B. S. 423 und 424 das Wassergesetz und das Zuständigkeitsgesetz für Preußen und S. 425 das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege für Sachsen sowie die Rechtsprechung des preußischen und des sächsischen Oberverwaltungsgerichts berücksichtigt worden.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

C. Gesetzgebung.

II.

Die Neugestaltung der Einziehung öffentlicher Wege.

Vom Senatspräsidenten Wirklichen Geheimen Oberregierungsrate Dr. Schultzenstein.

I.

Zu den zahlreichen Rechtseinrichtungen, die in besonders starkem Maße der Besserung bedürfen, und deren Neugestaltung deshalb möglichst bald in Angriff zu nehmen ist, gehört die Einziehung öffentlicher Wege. Diese Einziehung, welcher die Verlegung eines öffentlichen Weges mit oder ohne Herstellung eines die Einziehung bedingenden Ersatzwegs grundsätzlich gleichsteht, so daß eine solche Verlegung, ohne sie ausdrücklich zu erwähnen, von den folgenden Ausführungen mit betroffen wird, hat schon bisher für das wirtschaftliche Leben große Bedeutung gehabt. In der nächsten Zukunft wird sie eine solche noch weit mehr erlangen. Denn wie bei allem, so ist künftig ganz besonders auch bei dem Grund und Boden die äußerste Sparsamkeit dahin geboten, daß hiervon soviel, als sich nur irgend erreichen läßt, zur Gewinnung von Naturerzeugnissen nutzbar gemacht wird und nicht minderwertigen Zwecken dient. Zweifellos aber besteht in Preußen von Alters her ein reicher Überfluß an öffentlichen Wegen, weil sie teils in zu großer Zahl teils in zu weiter Ausdehnung, namentlich Breite, vorhanden sind. Dadurch werden nicht nur erhebliche, besser zu vermeidende Unterhaltungskosten veranlaßt, sondern außer den für das immer mehr sich ausdehnende Eisenbahnnetz in Anspruch genommenen Teilen der Erdoberfläche recht bedeutende öffentliche Wegekörper der notwendigen Bewirtschaftung zur Korn-, Kartoffel- usw. Gewinnung entzogen. Dem muß schnell und tunlichst umfassend, womöglich durch allgemeine Anordnungen für den ganzen Staat und nach gleichmäßigen Grundsätzen, durch Einziehung aller entbehrlichen Wege und Wegeteile entgegengetreten werden. Geschieht dies, so wird sowohl viel erspart als auch noch mehr gewonnen werden können. Im Zusammenhange hiermit ist dann gleichzeitig darin zu bessern, wie die Einziehung durchzuführen ist. Für das letztere sollen auf Grund zeitlich und räumlich ausgedehnter Erfahrungen bei der Anwendung des jetzigen Rechtes über die Einziehung Vorschläge gemacht und behufs anderweitiger Prüfung und Stellungnahme dazu mitgeteilt werden.

Im Jahre 1915 habe ich die Einziehung öffentlicher Wege nach dem damaligen Rechtszustand im Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 165—210 behandelt. Zu den dortigen Ausführungen hat sich seitdem nichts Wesentliches geändert. Jetzt ist von ihnen wieder auszugehen und weiter mit ihnen überall zu rechnen.

Digitized by Google

Um nur wenigstens ihre Grundzüge in Erinnerung zu bringen, sei Folgendes hervorgehoben: Nach der fast unbeschränkten Regel der gegenwärtigen Rechtsordnung kann einerseits, andererseits aber auch allein auf diese Art, die Wegepolizeibehörde einen öffentlichen Weg oder den Teil eines öffentlichen Weges aus von ihr, und zwar von ihr als einer preußischen Behörde, wahrzunehmenden, dem öffentlichen Rechte angehörenden Gründen, welche die bei dem Fortbestehen des Weges vorhandenen Vorteile einzelner Beteiligten überwiegen, nach vorheriger allgemeiner Bekanntmachung mit der Wirkung einziehen, daß die Fläche in jeder Beziehung, namentlich auch gegenüber jedem, die Eigenschaft der Öffentlichkeit verliert und wieder das, was sie vorher gewesen ist, also von Ausnahmen abgesehen (Auen, Deiche u. dgl.), freies Eigentum wird.

Ein jeder, welcher mit der Einziehung nicht einverstanden ist, hat das Recht, innerhalb bestimmter Fristen durch Einlegung eines Einspruchs die Wegepolizeibehörde zur nochmaligen Prüfung ihres Vorhabens zu veranlassen und nach dessen Erfolglosigkeit das hierfür eine sog. Popularklage zulassende Verwaltungsstreitverfahren gegen die Wegepolizeibehörde zu beschreiten, in welchem von den Verwaltungsgerichten unter voller Prüfung der ganzen Sachlage rechtlich und tatsächlich, soweit nicht für die Revisionsinstanz Abweichungen gelten, gerade so, wie es vorher von der Wegepolizeibehörde zu geschehen hatte, die Gründe für und gegen die Einziehung untereinander abzuwägen sind. Demjenigen, welcher, wenn es bei der Einziehung verbleibt, hierdurch geschädigt wird, steht keinerlei Anspruch auf irgend eine Entschädigung zu.

Im übrigen sei auf die frühere Abhandlung verwiesen, wie denn auch bei den daran angeknüpften gegenwärtigen Vorschlägen, soviel es angeht, Kürze beobachtet werden mußte und deshalb manche davon bloß mehr angeregt und angedeutet als erschöpfend behandelt werden konnten. Auch so aber werden die Ausführungen doch genügen, um sie zu prüfen, und es wird sich auf ihnen dann weiter bauen lassen.

Zu den Vorschlägen selbst ist noch gleich vorweg zu bemerken, daß dafür eine Heranziehung der sonstigen innerhalb Deutschlands geltenden Vorschriften über die Einziehung öffentlicher Wege keinen wesentlichen Wert hat. Es wird daher um derselben Kürze willen ganz davon Abstand genommen, darzulegen, daß und warum die Rechtsvergleichung hier versagt.

Mit der Einziehung öffentlicher Wege steht die Inanspruchnahme von öffentlichen Wegen für den Verkehr in dem engen Zusammenhange von zwei Kehrseiten der nämlichen, in den Grundlagen gleichen Rechtseinrichtung. Die Inanspruchnahme soll möglichst bereits im nächsten Hefte des Verwaltungsarchivs behandelt werden. Dabei wird auch ihre künftige Gestaltung besprochen. Hiervon hat manches für die der Einziehung ebenfalls Bedeutung. Es sei deshalb zur Ergänzung der jetzigen Ausführungen auf diejenigen der späteren aufmerksam gemacht.

II.

Bei der Umgestaltung der zurzeit in Preußen für die Einziehung öffentlicher Wege maßgebenden Rechtsordnung ist die erste und wichtigste Frage die, ob es gerechtfertigt ist, wie bisher, dem, der aus öffentlichrechtlichen Gründen oder, um es zunächst einmal so auszudrücken, zum Besten des allgemeinen Wohles, sei es Schaden leidet, sei es wenigstens einen Vorteil verliert, jede Entschädigung zu versagen. Für eine derartige Härte, also z. B. dafür, daß jemand, um auf seinen Acker oder zu der Stadt, in der er seine Einkäufe und Verkäufe bewirken muß, zu gelangen, Umwege zu machen hat, für sein Geschäft von dem großen Verkehr abgeschnitten wird, mit seinem Hause in eine bloße Sackgasse, wo es minder verkäuflich und schwer vermietbar ist, zu liegen kommt oder ihm gar für sein Grundstück der einzige öffentliche Zugangsweg entzogen wird usw., ohne Entschädigung bleiben soll, besteht nirgends ein Verständnis, weder bei Wohlhabenden noch bei Armeren, weder bei Hoch- noch bei Niedrigstehenden oder sonst. Dieses Verständnis ist

Digitized by Google

auch von niemandem zu fordern. Daß an den Staat oder seine Glieder Steuern und Abgaben zu entrichten sind, hat jeder zu begreifen. Hierbei kommen aber allgemeine Nachteile in Frage, während es sich bei der entschädigungslosen Einziehung öffentlicher Wege um solche eines Einzelnen oder höchstens weniger Einzelnen handelt. Die in der früheren Abhandlung besprochenen Gründe, die dazu geführt haben, nach der gegenwärtigen Rechtsordnung den Anspruch auf eine Entschädigung zu verneinen, namentlich der, daß keine Enteignung vorliege, sind doch immer nur vom Standpunkte dieser bestehenden Rechtsordnung aus, d. i. weil nun einmal eine Entschädigung nicht gewährt worden ist und dem sich jeder fügen muß, Gründe gegen eine Entschädigung. Sie versagen aber vollständig, wenn es sich fragt, ob es hierbei auch in Zukunft belassen werden darf und soll. Nicht einmal ein außergewöhnlich entwickelter Gemeinsinn, wie er doch nur ganz selten vorkommt, hält stand, sobald jemand selbst von einer Einziehung ohne Entschädigung betroffen wird, und läßt ihn von der Pflicht zur unentgeltlichen Duldung in Ansehung seiner selbst nicht mehr überzeugt bleiben. Trotz allen Strebens nach Sparsamkeit, so sehr sie auch notwendig und zu üben ist (oben Nr. I S. 334), darf von ihr doch niemals auf Kosten und zu Ungunsten einer kleinen Zahl von Beteiligten Gebrauch gemacht werden.

Nicht bloß oft oder regelmäßig, sondern stets und ohne daß jemals eine Ausnahme bekannt geworden wäre, herrscht jetzt daher bei den durch eine Einziehung Benachteiligten allgemeine Unzufriedenheit. Was allein verschieden ist, ist nur deren Grad: von bloßem Unwillen bis zu höchster Erbitterung über angetane Vergewaltigung, die letztere namentlich dann, wenn, wie es oft der Fall ist, die Einziehung nicht nur dem allgemeinen Wohle dient, sondern daneben mehr oder weniger auch Einzelnen zugute kommt.

Die Entschädigung kann, da die anderweit, so vom § 249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in erster Linie vorgesehene Schadensbeseitigung durch Wiederherstellung ausgeschlossen ist und auch jede andere Art, z. B. durch Gewährung von Grund und Boden oder anderen Sachen, außer in dem Falle eines freiwilligen, dann maßgebenden Einverständnisses ausscheidet, nur auf Gewährung von allerdings nicht Gleichartigem, so doch möglichst Gleichwertigem, d. i. auf Geld in Kapitalsabfindung und ausnahmsweise in Rentenform, gerichtet sein. Eine notwendige Folge hiervon ist es allerdings, daß das, was sich nicht durch Geld gutmachen läßt, außer Betracht bleibt. Dies ist indessen umsoweniger zu beanstanden, als derartige Schäden, sogenannte moralische oder ideale, als Wirkungen einer Einziehung kaum denkbar sind.

Deshalb, weil der § 57 ZG. jetzt nur gilt, wenn nicht besondere Vorschriften etwas anderes bestimmen, wie für die Provinz Hannover, oder ihn wenigstens vorläufig ausschließen, wie es durch die Festsetzung von Fluchtlinien nach dem Gesetze vom 2. Juli 1875 geschieht, und deshalb, weil auch da, wo er voll zur Anwendung kommt, die Einziehung eines öffentlichen Weges bloß in Fällen stattfinden darf, in welchen sonstige zulässige Mittel nicht bereits zu dem anzustrebenden Ziele der Einziehung führen[1]), diese sich also insofern als eine äußerste Hilfe darstellt, wird natürlich die Berechtigung des Anspruchs auf Entschädigung weder ausgeschlossen noch auch nur berührt.

Der Anspruch muß demgemäß vom Gesetz anerkannt und in ihm ausdrücklich vorgeschrieben werden.

Das hat zu geschehen, gleichviel, ob es nicht in anderen Rechtslagen von mehr oder weniger ähnlicher Art ebenfalls keine Entschädigung gibt, welches diese Rechtslagen sind, und aus welchen Erwägungen heraus bei ihnen die Entschädigung versagt worden ist. Solches gilt besonders auch dafür, daß und warum es sich um keine Enteignung handelt und weshalb bei einer Enteignung der Anspruch auf Entschädigung gewährt worden ist; es würde dann eben nur noch auch insofern kein Unterschied zwischen der Enteignung und der Einziehung mehr vorhanden sein.

---

[1]) So neuestens wieder Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 37 S. 537.

Digitized by Google

Allein wenn und erst wenn das Gesetz klar und unzweideutig mit dem bisherigen Grundsatze des Nichtentschädigens bricht, und so, wie unten (Nr. III, IV und X) noch darzulegen ist, der Umfang der Entschädigung bestimmt und für die Durchführung und Verwirklichung der neuen gesetzlichen Vorschriften die notwendige Gewähr geboten wird, werden die Unzufriedenheit wegen einer Einziehung und die berechtigten Klagen hierüber verschwinden und wird es ausführbar sein, vollen Gebrauch von der Möglichkeit der Einziehung zu machen und deren Ziel zu erreichen, d. h. soviel als möglich entbehrliche Unterhaltungskosten zu sparen und für die Gütererzeugung Bodenflächen zu gewinnen. Allerdings wird dann die eine oder die andere Einziehung von vornherein nicht in Angriff genommen oder von ihr nachträglich wieder abgesehen werden, weil die Entschädigung sich sofort oder später als zu hoch, die Einziehung also als wirtschaftlich unergiebig erweist, und es können dadurch auch Unbequemlichkeiten und Kosten für die Allgemeinheit entstehen. Dies vermag jedoch nie von übermäßig großer Erheblichkeit zu werden. Unter keinen Umständen und selbst bei weitgehender Auffassung und Verwendung der Einziehung nur als äußerstes Hilfsmittel (oben S. 336 bei Anm. 1) kann davon die Rede sein, daß die Einziehung mit irgend ins Gewicht fallender Regelmäßigkeit wegen ihrer grundsätzlichen Entgeltlichkeit den Wert für die Allgemeinheit einbüßen würde.

III.

Zweifelhafter, als es zu entscheiden ist, ob die Einziehung überhaupt ohne oder nur gegen Entschädigung zu erfolgen habe, ist die Feststellung des Umfanges, in welchem der anerkannte Anspruch auf Entschädigung gewährt werden soll.

Hierbei wird man sich entschließen müssen, diesen Anspruch nicht zu eng zu begrenzen. Andererseits darf man ihn aber auch nicht zu weit ausdehnen. Im letzteren Falle, also bei einer zu starken Ausdehnung des Umfanges, würde die Ausführung von Einziehungen zu sehr beeinträchtigt sein. Im ersteren Falle dagegen könnte der Zweck der Gewährung von Entschädigung leicht verfehlt und statt Brotes bloß ein Stein gegeben werden. Man hat sich also zwar zwischen den beiden Möglichkeiten, aber doch immer noch erheblich näher nach der weiteren als nach der engeren Begrenzung hin zu halten.

Demgemäß ist freilich nicht von Übeln oder Übelständen und ähnlichen Dingen wie Beeinträchtigungen, Benachteiligungen oder dgl., deren Bedeutung bereits in der gewöhnlichen Sprache und noch mehr in der die Worte selten verwendenden Rechtssprache sehr unbestimmt ist, zu sprechen. Wohl aber kann mit Schäden gerechnet werden, die in jedem Sprachgebrauche, dem nicht rechtlichen und dem rechtlichen, überaus häufig vorkommen, und die auch in dem letzteren, und zwar hier in übereinstimmender Weise für alle Rechtsgebiete [2]), ein feststehender, sicherer Begriff sind für alle Nachteile, die infolge eines Ereignisses eine Person oder ihr Vermögen durch Beeinflussung des bereits Vorhandenen oder durch Vereitelung des Hinzutritts von etwas Neuem treffen. Als Schäden sind dann nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare, d. h. nicht schon durch die Einziehung und allein durch sie, sondern erst in Verbindung mit anderen Umständen herbeigeführte, jedoch noch immer mit der Einziehung in ursächlichem Zusammenhange stehende Schäden anzusehen, und ist ferner der entgangene Gewinn gleichfalls zu ersetzen. Hierbei sind zwar ungewisse Hoffnungen und Befürchtungen sowie selbst noch ungewisse Wahrscheinlichkeiten auszuscheiden. Ebenso müssen bloße Unbequemlichkeiten und Belästigungen ertragen werden. Dagegen sind alle wirklichen Schäden, d. i. nicht die oft auch unter den wirklichen verstandenen sogenannten positiven Schäden in dem engeren Sinne der Beschädigungen von bereits Vorhandenem (damnum emergens im Gegensatze zum lucrum cessans), vielmehr hier die nicht bloß möglichen, sondern, soweit es für die menschliche

[2]) Vgl. jetzt wieder Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 237 und früher etwa daselbst Bd. 26 S. 251 ff.

Digitized by Google

Beurteilung zu erreichen ist, sicheren Schäden, vollständig zu ersetzen und die Schäden in so weitem Sinne zu verstehen, daß unter ihnen auch das fallen kann, was vielfach als Nachteil oder Verlust eines Vorteils bezeichnet wird. Für das Vorhandensein von Schäden ist den besonderen und eigenartigen Verhältnissen desjenigen, der unter der Einziehung zu leiden hat, Rechnung zu tragen, nicht nur solchen, die für einen jeden Dritten bestehen würden. Durch die Einziehung soll niemand etwas gewinnen, aber auch nichts verlieren, d. h. seine Entschädigung muß eine vollständige sein. Jedoch wird der Wert der besonderen Vorliebe (das sogenannte Affektionsinteresse) nicht zu berechnen sein, solange es nur auf den besonderen Empfindungen und Meinungen eines Einzelnen oder bloß mehrerer bestimmter Einzelnen beruht und nicht in gleicher Weise von anderen derart geteilt wird, daß es dadurch bereits im Verkehr Ausdruck gefunden hat.

Ein Grundstückseigentümer ist mithin für den Verlust eines durch die Art der bisherigen und künftig fortbestehenden Benutzung des Grundstücks gewährleisteten Gewinns zu entschädigen, so namentlich für die Nachteile durch Wirtschaftserschwernisse, besonders durch Umwege, die er in seiner Wirtschaft machen muß, und ein Gewerbetreibender für die Nachteile in dem Gewerbe, das er betreibt, je unter Berücksichtigung seiner besonderen Fähigkeit für diese Benutzung bezw. dieses Gewerbe und seiner Tätigkeit darin, infolge deren die Einziehung ihm gegenüber anders wirkt als gegenüber einem Dritten und bei einem Gewerbe unter Umständen sogar zur Folge haben kann, daß für dessen Verlegung Entschädigung zu gewähren ist. Nicht minder sind künftige Pacht- oder Mietausfälle zu erstatten. In gleicher Weise ist natürlich die Verringerung des Verkaufswerts oder die gänzliche oder teilweise Beseitigung einer Bauplatzeigenschaft zu berechnen. Niemals ist notwendig, daß es sich um Rechte nach der bürgerlichen Rechtsordnung handelt; es genügen auch solche nach der öffentlichen Rechtsordnung. Ebenso sind sogenannte subjektive Rechte nicht erforderlich, so daß dahingestellt bleiben kann, was unter solchen zu verstehen ist, worüber keineswegs Meinungsübereinstimmung herrscht. Noch weniger ist selbstverständlich ein Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Rechten zulässig. Selbst bloße Vorteile, die jemand nach irgendeiner Art von Rechtsordnung haben kann und hat, sind zu berücksichtigen, somit auch besonders solche, die der Gemeingebrauch an Gegenständen des öffentlichen Rechtes, Wegen, Wasserläufen usw., dem Geschädigten bisher geboten hat und ferner bieten würde. Da sich derartige Vorteile als in zulässiger Weise gegen die Einziehung geltend zu machende Gründe darstellen (vgl. hierzu unter Nr. VI), so ist es nur folgerichtig, daß sie auch die Grundlage für einen Entschädigungsanspruch abzugeben vermögen.

Für das Recht auf die Entschädigung und die Pflicht zu der Entschädigung kann es selbstverständlich nicht auf die Abwesenheit bezw. das Vorhandensein von Verschulden ankommen. Man hat es nicht mit einem durch eine unerlaubte Handlung verursachten, Widerrechtlichkeit und Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzenden Schaden, sondern mit einem der nicht seltenen Fälle von auf Gesetz beruhender Entschädigung zu tun, bei denen die Frage des Verschuldens sich von vornherein auf Seiten aller Beteiligten als gegenstandslos erledigt.

Ist man über dasjenige, was hiernach noch unter die zu leistende Entschädigung fällt, und was nicht mehr darunter fällt, in der Sache selbst einig, so wird es nicht schwer halten, in dem Gesetze die richtige, einerseits allgemein alles Wesentliche treffende, andererseits kurze sprachliche Ausdrucksweise zu finden, die das, was gewollt wird, voll deckt, ohne hierüber hinauszugehen, und die ausreicht, um der Anwendung alle Einzelheiten überlassen zu können. Es wird solches um so leichter sein, als dabei die Begriffe: Schaden, entgangener Gewinn, ursächlicher Zusammenhang usw., obwohl sie nicht gänzlich unbestritten sind, doch in der Hauptsache als feststehend und klar vorausgesetzt werden dürfen.

Digitized by Google

IV.

Wer soll nun zum Entschädigen verpflichtet sein?

Unbedenklich ist als solcher derjenige anzusehen, welcher durch die Einziehung für sich einen Nutzen erlangt, gleichviel ob mit oder ohne seinen Willen. Hierbei kann, da außer in dem bereits oben S. 336 Nr. II erwähnten Falle eines anderen freiwilligen Einverständnisses, in welchem sich alles Weitere danach zu richten hat und sich die gesetzliche Bestimmung erledigt, die Entschädigung in Gelde zu leisten ist, nur ein Nutzen in Berücksichtigung gezogen werden kann, der sich in Gelde berechnen läßt. Unter dieser Voraussetzung ist dann aber auch entsprechend dem Umfange des Schadens und infolgedessen auch der Entschädigung (oben S. 337 Nr. III) jeder Nutzen zu beachten ohne Unterscheidung, von welcher Art er ist, und in welchem Zusammenhange mit der Einziehung, namentlich ob in einem engeren oder entfernteren, der Nutzen zugefallen ist. Zu denen, welche von der Einziehung einen Nutzen haben, gehören deshalb besonders alle, denen die Kosten der Unterhaltung des öffentlichen Weges erspart werden, in Höhe dieser ersparten Kosten, und kann auch derjenige gehören, in dessen freies Eigentum der Körper des der Öffentlichkeit entkleideten Weges zurückfällt.

Unter Umständen hat derjenige, der durch die Einziehung einen Schaden erleidet, infolge von ihr zugleich einen Vorteil. Es ist selbstverständlich, daß wegen des gleichzeitigen Schadens auch er nicht aufhören kann, in Höhe seines Vorteils entschädigungspflichtig zu sein (vgl. hierzu unten S. 340 den vorletzten Absatz dieser Nr. IV).

Außerdem bietet sich mit Rücksicht darauf, daß, wie schon unter Nr. I und II bemerkt worden ist und nachstehend noch unter Nr. V näher ausgeführt werden wird, die Einziehung aus Gründen des allgemeinen Wohles erfolgt, der Staat als entschädigungspflichtig dar.

Zwischen jenen, denen die Einziehung unmittelbar oder mittelbar Nutzen bringt, und dem Staate, dem sie stets, weil es seine Aufgabe ist, auf jede Weise das allgemeine Wohl zu fördern, mindestens mittelbar nutzt, noch andere einzuschieben, liegt nahe. Alle Versuche hierzu erweisen sich jedoch als undurchführbar. Denn es fehlt vollständig an der Möglichkeit, durch eine auch nur einigermaßen feste Grenze diejenigen, die noch, und diejenigen, die nicht mehr sich als entschädigungspflichtig bezeichnen lassen, voneinander zu sondern. Ein Sondern bliebe mehr oder weniger willkürlich und muß daher unterbleiben.

Die Entschädigungspflichtigen der ersten Klasse haben sämtlich denselben Rechtsgrund für ihre Pflicht: einen ihnen erwachsenen Nutzen. Sie sind deshalb sowohl darin, daß sie pflichtig sind, als auch insoweit, als sie es sind, d. h. in dem Maße ihrer Pflicht, untereinander gleich und Schuldner nebeneinander. Hierbei kann es indessen geschehen, daß mehrere von ihnen dem Entschädigungsberechtigten für denselben Schaden und in demselben Betrage haften. Dann sind sie, da der Entschädigungsberechtigte seinen Schaden nur einmal ersetzt zu verlangen befugt ist, Gesamtschuldner für denselben Anteil, und es ist ihnen ein dem Ausgleichungsanspruche, der im bürgerlichen Gesamtschuldverhältnis anerkannt (§ 426 BGB.) und nach dem Wesen der Sache auch hierüber hinaus allgemein anzuerkennen ist, entsprechender Anspruch auf Ausgleichung einzuräumen.

Anders ist die Stellung des Staates. Der Entschädigungsberechtigte kann fordern, daß er voll, sicher und leicht die ihm gebührende Entschädigung erlangt. Er darf deshalb nicht darauf angewiesen sein, sich an eine unter Umständen ziemlich große Zahl von Verpflichteten zu halten, die nur zu einzelnen, vielleicht zusammen noch nicht einmal annähernd den Betrag seines ganzen Schadens erreichenden Teilbeträgen verpflichtet sind, auch sehr abgeneigt sein werden, ihren Nutzen oder doch dessen Höhe anzuerkennen, und deren Zahlungsfähigkeit häufig recht fraglich sein kann. Vielmehr muß ihm als Verpflichteter jemand geboten werden, der stets leistungsfähig ist, und von dem auch nicht zu erwarten ist, daß er unnütze Schwierigkeiten bei der Erfüllung seiner Pflicht machen wird. Das aber ist, wenn auch nicht aus-

Digitized by Google

schließlich, doch so überwiegend nur der Staat, daß dieser gegenüber dem Entschädigungsberechtigten zu dem einzigen und stets von vornherein feststehenden, für den Entschädigungsberechtigten auch allein vollständig genügenden Entschädigungsverpflichteten zu machen ist. Die anderen wegen ihres Nutzens Entschädigungsverpflichteten werden dadurch, daß der Staat seiner Pflicht genügt, natürlich noch nicht frei. Aber sie treten an die zweite Stelle in der Art, daß dem Staate die Befugnis verbleibt, wegen des von ihm Aufgewendeten auf einen jeden von ihnen in der Höhe dessen, was er nach Maßgabe seines Nutzens zu zahlen hat, zurückzugreifen.

Bei dem bloßen Rückgriffsrechte hat es auch gegenüber demjenigen zu verbleiben, der gleichzeitig entschädigungsberechtigt ist (oben S. 339 Abs. 3 dieser Nr. IV). Es liegt kein Anlaß vor, ihn besser oder schlechter als die übrigen wegen eines ihnen erwachsenen Vorteils zur Entschädigung Verpflichteten zu stellen. Namentlich fehlt es an jedem Grunde dafür, eine Ausgleichung seines Nachteils durch seinen Vorteil oder die Anrechnung seines Vorteils auf den Nachteil so zu bestimmen, daß von dem Schaden der Vorteil ohne weiteres abzuziehen sei, d. h. er sich den Betrag des Entschädigungsanspruchs, den er wegen des erlittenen Schadens hat, um den Betrag seiner Entschädigungsverpflichtung, die durch den ihm erwachsenen Vorteil begründet worden ist, kürzen lassen müsse, gleich als wäre insoweit ein Schaden überhaupt nicht entstanden oder doch wenigstens nicht mehr vorhanden.

Wird in der vorstehenden Weise über die Entschädigungspflicht gesetzliche Bestimmung getroffen, so dürfte für alle Beteiligten ebensosehr das sachlich Zweckmäßige wie zugleich das rechtlich Befriedigende vorgesehen sein.

V.

Bei den Gründen, die für die Einziehung zu erwägen sind, kommt es vor allem darauf an, daß klar und bestimmt ausgeschieden wird, was außerhalb von ihnen liegt. Denn bei der Anwendung des bisherigen Rechtes ist öfter gerade die richtige Grenze nicht eingehalten und hierüber hinaus gegangen worden; vgl. hierzu die Seiten 179—190 meiner früheren Abhandlung. Die Einziehung hört aber auf, berechtigt zu sein, sobald sie aus anderen Gründen als lediglich solchen des allgemeinen (öffentlichen) Wohles erfolgen soll. Nicht selten wird ein Grund des allgemeinen Wohles zugleich auch einer sein, der dies nicht mehr ist, oder er kann mit einem von der letzteren Art zusammenfallen oder sich berühren. Beispiele hierfür sind, wenn zur Erweiterung und besseren Ausnutzung eines an sich und zunächst nicht dem allgemeinen Wohle dienenden größeren Unternehmens, dessen Fortbestehen und Gedeihen für den Staat, eine Gemeinde oder ein sonstiges Glied des Staates vom Standpunkte des allgemeinen Wohles, worunter jedoch noch nicht, mindestens nicht schon immer, die Erhaltung oder Vermehrung der Steuerkraft des Unternehmens, die Gewährung von Arbeitsgelegenheit und höherem Einkommen für Teile von Einwohnern usw. fallen, erwünscht ist, zur Errichtung eines allgemein nützlichen Bauwerkes, etwa eines Rathauses, eines Krankenhauses, zur Aufschließung von Baugelände und Förderung des regelrechten, ordnungsmäßigen Anbaues, zur Herstellung für die öffentliche Gesundheitspflege bedeutsamer Park- und Wiesenanlagen u. dgl., eine Einziehung angeregt und betrieben wird. Dann muß dasjenige, was das allgemeine Wohl als solches nicht mehr erfordert, sorgfältig ausgeschieden und darf nur berücksichtigt werden, was noch übrigbleibt.

Diese strenge Scheidung hat allerdings die große Bedeutung, welche sie gegenwärtig hat, wo es ohne sie geschehen kann, daß jemand zum Besten eines ganz oder teilweise nicht mehr dem allgemeinen Wohle dienenden Unternehmens, etwa gar bloß zur Befriedigung des Schönheitssinns oder um des Kunstgeschmacks willen, wegen sog. ästhetischer Bestrebungen, u. dgl. mehr ohne Entgelt Opfer bringen muß, nicht länger, sobald der Grundsatz der Entgeltlichkeit Anerkennung gefunden haben wird. Immerhin aber ist sie auch dann keineswegs ganz bedeutungslos. Denn einmal ist nicht abzusehen, weshalb wegen eines solchen Unternehmens oder Baues Unbequemlichkeiten

Digitized by Google

und Belästigungen getragen werden sollen, für die es keine Entschädigung gibt. Vor allem aber bestehen bei dem Anspruch auf Entschädigung mitunter Schwierigkeiten, das Vorhandensein und besonders den Umfang des Schadens darzutun, und es kann deshalb mit der Entschädigung mangelhaft bestellt sein.

Demgemäß ist Vorsorge zu treffen, daß in der Anwendung des Rechtes bei der in Rede stehenden Voraussetzung für die Einziehung nicht unrichtig verfahren werden kann. Zu dem Zwecke ist besonders der jetzt oft gebrauchte Ausdruck „öffentliches Interesse" für dasjenige, innerhalb dessen die Einziehung zu liegen habe und liege, zu vermeiden, obwohl und vielleicht gerade, weil er sehr häufig und oft auch in den Gesetzen, z. B. in § 11 Ziff. 2 des Patentgesetzes vom 7. April 1891 und § 679 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, gebraucht wird. Denn was öffentlich sein kann, ist vieldeutig und bleibt vieldeutig, selbst wenn es als Gegensatz zum „Privaten", also als nicht privat erklärt wird. Interesse aber ist sogar nur ein ganz unbestimmtes bloßes Sammelwort.[3]) Unter dem „öffentlichen Interesse" läßt sich daher viel und zu vielerlei verstehen (vgl. hierzu S. 268 ff., besonders S. 273 ff.). Dagegen wird es genügen, wenn statt dessen das „allgemeine Wohl" als das Maßgebende bezeichnet wird, sobald dabei zugleich zum Ausdrucke gelangt, daß dieses allgemeine Wohl dasjenige ist, was *ausschließlich maßgebend* sein dürfe, also daß alles andere, d. h. das ganz oder als Teil nicht mehr innerhalb des allgemeinen Wohles Bleibende, sondern darüber Hinausgehende oder sonst außerhalb desselben Liegende, zu Gunsten der Einziehung gänzlich ausscheidet.

An die Stelle des allgemeinen Wohles könnte an und für sich auch nach dem Vorgang in § 43 Abs. 1 und § 87 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 62 Abs. 1 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 und Art. 4 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes vom 24. September 1899 zum Handelsgesetzbuche usw. (vgl. auch „gemeine Gefahr" im Art. 105 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche) „das Gemeinwohl" gesetzt werden, sofern man hierunter dasselbe zu verstehen hat, was mit dem allgemeinen Wohle zum Ausdrucke gebracht werden soll. Letzteres dürfte jedoch nicht ganz außer Zweifel sein. Abgesehen von einem derartigen Zweifel besteht auch noch das Bedenken, daß das Wort „Gemeinwohl" ziemlich selten ist und meist schwerer richtig verstanden werden wird als die Worte „Allgemeines Wohl". Von „öffentlichem Wohle" zu sprechen, wie es z. B. der Art. 9 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 und der § 1 des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 tun, empfiehlt sich wegen der erwähnten Vieldeutigkeit von „öffentlich" nicht. Noch weniger sind Bezeichnungen empfehlenswert wie „Wohl des gemeinen Wesens" in § 75 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts (vgl. auch die Worte „gemeines Wesen" im § 66 I 8 Allgemeinen Landrechts), „allgemeine Wohlfahrt", z. B. in dem Begriffe der sog. Wohlfahrtspolizei, und ähnliche.

Auch in Zukunft wird nicht auszusprechen sein, daß die Einziehung um des allgemeinen Wohles willen nicht nur zweckmäßig, sondern notwendig sei. Letzteres wäre allenfalls zu fordern gewesen, so lange die Entschädigungslosigkeit galt. Ist jedoch hiermit gebrochen, so wird nicht zu viel verlangt, wenn keine oder höchstens geringe Opfer gebracht werden müssen, weil die Einziehung das allgemeine Wohl fördere, für das allgemeine Wohl dienlich sei. Ein bloßes Wünschenswertsein oder dgl. ist dagegen wie bisher niemals ausreichend.

VI.

Einfacher ist die Stellungnahme zu den Gründen, die gegen die Einziehung geltend gemacht werden dürfen. Anders als bei den Gründen für eine Einziehung ist hierbei alles als gegen die Einziehung verwertbar anzusehen und zu bezeichnen, was sich insoweit nur irgendwie heranziehen läßt.

[3]) Vgl. außer S. 179 Anm. 24 der früheren Abhandlung auch noch Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 48 S. 84 und die dortigen Anführungen.

Digitized by Google

In Übereinstimmung mit dem oben Nr. II über den Umfang der Entschädigung (S. 337) Ausgeführten macht es daher keinen Unterschied, welchem Rechtsgebiete die Gründe gegen die Einziehung entnommen werden, also nicht, ob sie der öffentlichen oder der bürgerlichen Rechtsordnung angehören (vgl. hierzu unten in dieser Nr. S. 343 den drittletzten Absatz), ob sie von vermögensrechtlicher oder nicht vermögensrechtlicher Art sind, und ob sie bereits der Gegenwart oder mit ausreichender Sicherheit der Zukunft entnommen werden. Ebenso ist es unerheblich, ob man es mit eigentlichen Rechten oder mit bloß tatsächlich bestehenden Vorteilen zu tun hat, wie etwa mit solchen auf Grund eines Gemeingebrauchs, so lange jemand nur im wirklichen Genusse des Vorteils ist und infolge der Einziehung den Vorteil verliert. Wennschon es immer, worin auch der Schaden bestehen mag, notwendig ist, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen ihm und der Einziehung vorhanden ist, so ist doch gleichgültig, ob der Zusammenhang unmittelbar oder bloß mittelbar hergestellt wird.

Von den Einschränkungen, die bei einem den Vorteil bietenden tatsächlich bestehenden Zustande bisher dahin gemacht worden sind, daß er kein bloß vorübergehender, sondern ein langandauernder gewesen sei, die zur Verfügung über den Weg Berechtigten sich mit der langjährigen Übung ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt hätten und der Zustand nicht im Widerspruche mit einer Verbotsbestimmung stehe[4]), muß selbstverständlich die dritte festgehalten werden. Denn ein Vorteil, der zu Unrecht bestanden hat, darf niemals in Erwägung kommen, also auch nicht als Grund gegen eine Einziehung, so wenig wie etwas, das als ein Recht erscheint, ein solcher Grund ist, wenn es ein Unrecht, also in Wirklichkeit kein Recht ist. Anders dagegen verhält es sich mit den beiden übrigen Einschränkungen, der langen Dauer des Zustandes und dem Einverständnisse der zur Verfügung über den Weg Berechtigten. Sie sind wenigstens vom Standpunkt einer Besserung des Gesetzes aus nicht gerechtfertigt. Die vorübergehende Dauer und der Mangel des Einverständnisses mögen das Gewicht des geltend gemachten Grundes abschwächen, werden unter Umständen sogar ihm seine Bedeutung ganz nehmen. Aber an sich bleibt der Verlust des Vorteils doch ein Grund gegen die Einziehung, dem als solchem nicht schlechthin und von vornherein jede Wirksamkeit zu versagen ist. Es entspricht dies auch dem oben unter Nr. III S. 337 Ausgesprochenen und ist eine Folge von dem, worauf letzteres beruht, nämlich von der sich aus ihrer inneren Beziehung zueinander ergebenden Auffassung, daß alles, was die Unterlage für eine Entschädigung bildet, auch ein Grund gegen eine Einziehung sein kann und umgekehrt.

Der Vorteil muß ein eigener dessen sein, der die Einziehung anficht. Dazu, die Gründe für die Einziehung geltend zu machen, hierunter auch den, daß die Kosten der Unterhaltung eines Weges erspart werden, ist die Wegepolizeibehörde berufen, und sie kann und muß dies tun, weil sie dem Gemeinwohle zu dienen hat, für die Allgemeinheit und damit als Vertreterin eines jeden, der zu der Allgemeinheit gehört, das ist aller. Es besteht also kein Bedürfnis, daß ein jeder nicht nur die Polizeibehörde angehen und deren Vermittlung nachsuchen, sondern noch selbständig für sich und daneben etwas zu Gunsten der Einziehung geltend machen könne. Anders ist es dagegen bei den Gründen gegen die Einziehung. Hierbei findet, wenn es auch der Polizei nicht verwehrt ist, auf Bedenken gegen die Einziehung hinzuweisen, doch keinerlei Art von Vertretung statt. Jeder kann und muß für sich allein sorgen. Außer in Fällen einer gesetzlichen oder freiwilligen Vertretung, in denen es dann aber auf den Vertretenen und allein auf ihn ankommt, ist niemand befugt, um der Person eines anderen willen und aus der Person eines anderen heraus die Einziehung zu bekämpfen, und zu dem Zwecke lediglich dessen Vorteil wahrzunehmen. Der andere mag für sich selbst sorgen und, wenn er das nicht tut, weil er es nicht will, oder aus welcher Veranlassung

[4]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 56 S. 360.

Digitized by Google

sonst, so ist dies seine Sache. Einen Dritten für ihn sorgen zu lassen, wäre eine unzulässige Bevormundung.

Wie der Vorteil, so muß auch das Recht an sich ein eigenes sein.

Es kann jedoch sein, daß jemand infolge eines fremden Rechtes selbst ein eigenes Recht, z. B. ein ihm zustehendes Nießbrauchsrecht, hat, oder daß er sich wenigstens infolge des fremden Rechtes im Genuß eines Vorteils für sich befindet. Dann sind dies ein eigenes Recht und ein eigener Vorteil, die als solche gegen die Einziehung von ihm verwendet werden dürfen.

Entsprechend dem, was bei den Gründen für die Einziehung gilt, müssen auch die gegen die Einziehung benutzten Rechte und Vorteile preußischen Verhältnissen entnommen sein. In der einen und der anderen Beziehung fehlt es an einem Anlasse, den bisherigen Rechtszustand zu ändern. Dieser Rechtszustand ist freilich ein Stück preußischen Sondertums (Partikularismus)[5]). Allein er muß das bleiben, so lange die Einziehung öffentlicher Wege in ihrer Ausgestaltung selbst eine besondere Einrichtung des preußischen Rechtes bleibt und nicht über den preußischen Staat hinaus zu einer allgemeineren gemacht wird.

Wie bei den Gründen für die Einziehung eine Notwendigkeit nicht zu verlangen ist (oben unter Nr. V letzter Absatz, S. 341), so kann sie auch bei den Gründen gegen die Einziehung nicht gefordert werden. Vielmehr ist alles, was überhaupt ein solcher Grund zu sein vermag, nach wie vor weiter unbeschränkt zuzulassen. Ein Unterschied zwischen den Gründen gegen die Einziehung kann nicht hinsichtlich ihrer Zulässigkeit gemacht werden, solches namentlich auch nicht danach, ob sie der bürgerlichen Rechtsordnung angehören oder nicht, und ferner nicht nach ihrem Grade, also z. B. nicht, ob die Nachteile an sich oder im Verhältnisse zu anderen Nachteilen wegen ihrer sei es räumlichen sei es zeitlichen Ausdehnung groß oder gering sind. Sie können vielmehr immer nur ihrem Gewichte nach verschieden sein. Das richtet sich aber nach der Lage des einzelnen Falles, und insoweit ist eine allgemeine Vorschrift des Gesetzes nicht möglich. Hierbei werden der bürgerlichen Rechtsordnung angehörende Rechte (oben Abs. 1 dieser Nr. S. 342) vielfach — mehr läßt sich jedoch nicht sagen — ohne Bedeutung sein, weil sie wie die bürgerlichen Rechte am Wegekörper, regelmäßig von der Einziehung und der dadurch bewirkten Aufhebung der öffentlichen Eigenschaft des Weges nicht berührt werden.

Nicht außer Acht zu lassen ist schließlich noch, daß gleich dem einer Einziehung vorhergehenden polizeilichen Verwaltungsverfahren das ihm nachfolgende Beschlußverfahren und das Verwaltungsstreitverfahren, von welchen noch die Rede sein wird (Nr. IX—X), durch die Untersuchungsmaxime beherrscht werden, d. h. die damit befaßten Behörden haben grundsätzlich[6]) alles für die Sache Dienliche von Amts wegen zu erforschen und festzustellen, gleichviel, von welcher Seite es herkommt, sie in die Lage, es zu benutzen, versetzt und zu der Benutzung ebenso berechtigt wie verpflichtet gemacht werden. Hiernit wird jedoch gegenüber dem vorstehend Vertretenen weder eine Ausnahme noch auch nur eine Abweichung begründet. Wohl aber wird eine Ergänzung dahin herbeigeführt, daß auch An- und Ausführungen solcher, die in dem Beschlußverfahren nicht Beteiligte oder in dem Verwaltungsstreitverfahren nicht Parteien sind, denen deshalb in diesen Verfahren an und für sich kein Gehör zu gewähren sein und keine Rechte zustehen würden, doch gemäß der Untersuchungsmaxime zu berücksichtigen sind. Diese Nichtbeteiligten und Nichtparteien haben also zwar keine Befugnisse und keine Rechte von der Art, wie Beteiligte und Parteien sie haben. Indessen sie

[5]) Über ähnliche Sonderrechtsverhältnisse siehe z. B. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 37 S. 618 und 39 S. 47 sowie Juristische Wochenschrift Jahrg. 47 S. 192.

[6]) Über hiervon geltende Einschränkungen siehe außer S. 196—199 der früheren Abhandlung jetzt z. B. noch S. 233, 234 des laufenden Bandes des Verwaltungsarchivs.

Digitized by Google

sind bei der Frage nach den Gründen für und gegen die geplante Einziehung doch auch nicht ganz mundtot, können namentlich über ihre An- und Ausführungen im Wege eines Beweisverfahrens als Zeugen oder Sachverständige befragt werden, und es ist sogar unter Umständen nicht ausgeschlossen, daß sie in solcher Weise mittelbar einen wesentlichen Einfluß auf das ausüben, wie es mit der Einziehung wird. Daß dem so ist, läßt das, was über das eigene Recht und den eigenen Vorteil als Erfordernis dafür, um rechtlich einen Anspruch auf die Geltendmachung von Gründen gegen die Einziehung zu haben, gesagt worden ist, als nicht zu weitgehend, sondern als durchaus sachgemäß erscheinen.

Demjenigen, was sonach für die Gründe gegen die Einziehung Rechtens werden soll, ist natürlich wieder ein klarer und zweifelsfreier Ausdruck zu geben, um in der Rechtsanwendung keine falschen Auffassungen Platz greifen zu lassen. Es wird z. B., damit der ursächliche Zusammenhang nicht zu eng, sondern in der Ausdehnung, mit welcher für ihn zu rechnen ist, anerkannt werde, von einem Schaden nicht durch die Einziehung, sondern infolge der Einziehung zu sprechen sein.

VII.

Anlangend das jetzige Verfahren, so ist dessen erster Hauptfehler, der ihm in seinen beiden der Bekanntmachung der Einziehung folgenden Teilen, sowohl dem Einspruchs- wie dem Verwaltungsstreitverfahren, anhaftet, der, daß, während die in Aussicht gestellte Einziehung selbst etwas Einheitliches und allgemein Wirkendes ist, auch solches sein und bleiben muß, grundsätzlich gegen sie stückweise angekämpft werden kann und darüber entschieden wird, nämlich jedem Einspruchserheber und jedem Kläger gegenüber für ihn besonders. Auf jeden einzelnen Einspruch und auf jede einzelne Klage hin, sofern es sich nicht ausnahmsweise lediglich um die Befugnis zu der Erhebung des Einspruchs oder die Anstellung der Klage und um eine sonstige selbständige, ausschließlich nur einen Beteiligten berührende Frage handelt, ist daher an sich zu prüfen, ob die Einziehung in ihrer Gesamtheit und mit ihrer allgemeinen Wirkung für und gegen jedermann sachlich gerechtfertigt ist oder nicht[7]). Allein durch einen einzelnen Einspruch oder eine einzelne Klage werden die über den Einspruch beschließende Behörde und das über die Klage entscheidende Verwaltungsgericht die für und gegen die Einziehung überhaupt sprechenden Verhältnisse vielfach nicht vollständig erfahren und deshalb nicht in der Lage sein, alles zusammen zu berücksichtigen und miteinander abzuwägen. Es ist ferner zwar die Möglichkeit vorhanden, die Einsprüche und die Klagen mehrerer zu vereinigen und darüber einheitlich oder wenigstens gleichzeitig zu befinden. Das ist aber keine Pflicht, sondern nur eine Befugnis, und von dieser Befugnis wird erfahrungsmäßig selten Gebrauch gemacht. So kann es kommen und kommt es vielfach, daß zum Schaden der Sache die Gründe für und gegen die Einziehung nicht ausreichend und richtig gewürdigt werden. Denn es liegt auf der Hand, daß sie anders wirken, wenn sie vollständig und sämtlich zugleich in ihrem Zusammenhange miteinander, als wenn sie getrennt und erst nach und nach

[7]) So heißt es wieder in einem einschlagenden neuesten Urteile des Oberverwaltungsgerichts vom 16. Januar 1919, IV. C. 24. 1918: „Allerdings mußte jede Klage auch zur Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse führen (von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze Bd. 1, 22. Aufl., S. 465). Im einzelnen Falle konnte aber ein besonderes Interesse, dessen Geltendmachung im freien Belieben des Beteiligten stand, zur Aufhebung gerade dieses Einspruchsbescheids führen, wenn auch die anderen Einspruchsbescheide durch Abweisung der Klagen aufrechtzuerhalten waren. Das streitige Rechtsverhältnis war also nicht ein derartiges, daß es nur einheitlich allen Klägern gegenüber festgestellt werden kann. Die übrigen Kläger werden mithin durch die Einlegung eines Rechtsmittels seitens des einen Klägers an dem weiteren Verfahren nicht mehr beteiligt."

Digitized by Google

vorliegen, und daß sie demgemäß häufig dort zu einem anderen Ergebnisse führen müssen, jedenfalls führen können und führen werden als hier.

Auf die Abstellung dieses Hauptfehlers wird daher vor allem Bedacht zu nehmen sein, und sie ist durchzuführen, soweit sie überhaupt noch notwendig bleibt.

VIII.

Für den Einspruch nämlich ist indessen noch weiter zu gehen, d. h. dahin, daß das Recht und die Pflicht zu ihm und somit das Einspruchsverfahren ganz beseitigt werden.

Der Zweck des Einspruchs ist, die Wegepolizeibehörde zu veranlassen, daß sie auf Grund neuer An- und Ausführungen oder auch ohne solche sich einer nochmaligen Prüfung ihres Vorhabens unterzieht. Er ist daher am Platze bei gleichartigen Angelegenheiten, die zu mehr oder weniger derselben Zeit in großer Zahl vorliegen, möglichst schnell zu erledigen sind und deren Bearbeitung deshalb nach übereinstimmendem Muster (formular- und handwerksmäßig) erfolgt. Hier, wo sich also nach Fortfall der unangefochten gebliebenen Fälle für den noch übrigen angefochtenen kleineren Rest nunmehr eine neue, zweite Prüfung in größerer Ruhe und Muße vornehmen läßt, auch dem Ansehen der Behörde nicht entgegengetreten wird, wenn sie sich einer nochmaligen Prüfung der von ihr ausgesprochenen oder in Aussicht gestellten Anordnung unterzieht und dabei zu einem abweichenden Ergebnisse gelangt, ist der Einspruch von Wert und führt er verhältnismäßig oft zum Ziele. Aber zu den so beschaffenen Angelegenheiten ist die Einziehung öffentlicher Wege gewiß nicht zu rechnen. Bei ihr hat deshalb der Einspruch selten Erfolg. Vielmehr bewirkt er in der weit überwiegenden Zahl aller erhobenen Einsprüche nur eine Verzögerung der Erledigung. Das Recht und die Pflicht zu ihm dürfen ohne wesentlichen Schaden für die Sache umsomehr beseitigt werden, als dadurch selbstverständlich die einem jeden an einer Einziehung Beteiligten zustehende allgemeine Befugnis nicht berührt wird, wenn er meint, durch eine frist- und formlose Vorstellung bei der Wegepolizeibehörde oder durch eine Anrufung der Aufsichtsbehörde etwas erreichen zu können, hiervon Gebrauch zu machen. Mit Recht war bereits in dem Entwurf einer Novelle zum Landesverwaltungsgesetze vom 22./27. Dezember 1913, der wegen des Krieges liegen geblieben ist, die Beseitigung des Einspruchs, allerdings nur gegen die im § 56 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 bezeichneten polizeilichen Verfügungen auf dem Gebiete des Wegerechts, nicht auch für den § 57 daselbst (siehe § 158a Nr. 2 des Entwurfes), in Aussicht genommen worden, und das Herrenhaus hatte sich dem angeschlossen (Drucksachen des Herrenhauses, Session 1914 Nr. 6 S. 86, 87, 90, 93). Die Gründe, die sich hierfür geltend machen lassen, sprechen nicht minder für die Beseitigung des Einspruchs bei der Einziehung.

Da dem Einspruche die aufschiebende Wirkung (der sogenannte Suspensiveffekt) fehlt, hindert er an und für sich nicht die Ausführung des bekannt gemachten Einziehungsvorhabens. Nur mittelbar können die Tatsache, daß er eingelegt worden ist, und die in ihm etwa geltend gemachten Gründe dazu führen, vorläufig von der Ausführung abzusehen. Es ist klar, daß diese Rechtslage kein Hindernis für die Beseitigung des Einspruchs bildet. Denn die Möglichkeit, darauf einzuwirken, daß die Einziehung ausgesetzt wird, bis über das ganze Einziehungsvorhaben abschließend befunden ist, bleibt auch ohne ein Recht zum Einspruche natürlich jedem stets offen, und er kann nach dem Wegfalle des Einspruchs ebenso diese Möglichkeit benutzen in gleicher Weise, wie er sie jetzt neben dem Einspruch und im Rahmen des Einspruchs hat.

IX.

Daß das Verwaltungsstreitverfahren gleichfalls ganz beseitigt werden könne, ist ausgeschlossen. Die unter Nr. VII angestellten Erwägungen aber führen dazu, es für seinen bisherigen ersten Anfang, in welchem die Gefahr

Digitized by Google

seiner Zersplitterung und der Mangel seiner Einheitlichkeit besonders schädlich zu wirken vermögen, durch ein anderes Verfahren zu ersetzen, welchem die gleichen Mängel nicht anhaften, welches dem Verwaltungsstreitverfahren, wenn auch nicht vollwertig, aber doch ziemlich gleichwertig ist, und dessen geringerer Wert durch das als ihm später nachfolgendes Verfahren bleibende Verwaltungsstreitverfahren noch wieder ausgeglichen wird. Ein solches Verfahren ist das Beschlußverfahren nach den §§ 115 ff. des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883. Dieses ist freilich in seinen Einzelheiten wenig ausgestaltet. Aber das ist in der hier in Betracht kommenden Beziehung kein Fehler, sondern eher ein Vorzug. Denn die wegen der geringen Ausgestaltung in den Einzelheiten bestehende Freiheit und Beweglichkeit des Beschlußverfahrens gestatten, dem für die Einziehung begründeten Bedürfnisse nach Einheitlichkeit in weitestem Umfang und ohne jede Rücksicht darauf, ob eine rechtliche oder tatsächliche Gemeinschaft zwischen den Einsprechenden vorhanden oder nicht vorhanden ist, Rechnung zu tragen und eine solche Einheitlichkeit nicht bloß nach Ermessen eintreten zu lassen, sondern sie bestimmt als Pflicht vorzuschreiben, und zwar für die Verhandlung über die erhobenen Einwendungen gegen die Einziehung und vor allem für die Entscheidung über sie, d. h. darüber, ob die Einwendungen abzuweisen sind, mithin es bei dem polizeilichen Vorhaben verbleibt, oder ob ihnen stattzugeben ist und sich damit das Vorhaben erledigt. Allerdings ist es unter Umständen, namentlich wegen einer außergewöhnlich großen Zahl von solchen, welche die Einziehung bekämpfen, mal möglich, daß keine einheitliche Verhandlung ausführbar ist. Für einen derartigen Fall kann nachgelassen werden, daß stückweise nacheinander unter Beschränkung auf die sachgemäß zusammengehörenden und zur Verbindung miteinander geeigneten Einwendungen verhandelt wird. Dagegen muß die Entscheidung stets einheitlich bleiben, und sie kann selbst trotz der größten Zahl, die denkbar ist, bei der Handhabung des Beschlußverfahrens einheitlich bleiben.

In dem so gestalteten Beschlußverfahren wird vor allem die Abwägung der Gründe für und gegen die Einziehung, also, ob sich nach den gesamten Verhältnissen, d. i. sowohl nach denen der Allgemeinheit als nach denen der beteiligten Einzelnen, mehr die Einziehung oder mehr die Nichteinziehung als sachgemäß und dienlich erweist, besser, nämlich leichter und richtiger, sich vornehmen lassen und vorgenommen werden als im Verwaltungsstreitverfahren.

Gegen die im Beschlußverfahren ergangene Entscheidung findet nach der für das Beschlußverfahren zugelassenen Regel die Beschwerde statt. Auf das Verfahren über die eingelegten Beschwerden und auf die Entscheidung über sie ist das vorhin hinsichtlich der ersten Instanz Gesagte entsprechend anwendungsfähig und läßt sich deshalb als entsprechend anwendbar bezeichnen.

Schließt das Beschlußverfahren damit ab, daß die Einziehung, sei es für nicht zulässig, sei es für nicht gerechtfertigt erklärt wird, so ist das Vorhaben der Wegepolizeibehörde endgültig erledigt, vorbehaltlich der mehr begrifflich (theoretisch) als in der Anwendung gegebenen Befugnis der Polizei, die Einziehung von neuem, namentlich wegen inzwischen eingetretener Änderung der Verhältnisse, wieder zu betreiben.

X.

Auf das mit einem anderen Ergebnisse endende Beschlußverfahren läßt sich nicht ein Verwaltungsstreitverfahren aufpfropfen in der Weise, daß das, worüber in jenem zu befinden war, und was darin nicht mehr anfechtbar entschieden worden ist, also ob und, falls es durch die erfolgte Bekanntmachung noch gedeckt bleibt, wie die Einziehung zuzulassen ist, nochmals im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden wäre. Das hieße dem Beschlußverfahren seine selbständige Bedeutung nehmen und es zu einer bloßen Versuchsinstanz für das Verwaltungsstreitverfahren machen. Dem aber steht, mag es selbst für andere Fälle gestattet und berechtigt sein, schon entgegen, daß dann ein Verfahren, dem der Vorzug, der Einheitlichkeit der Einziehung

Digitized by Google

gerecht zu werden, mangelt und nicht gegeben werden kann, einem Verfahren, das diesen Vorzug hat, übergeordnet wäre. Wohl aber läßt sich den Verwaltungsgerichten die Frage zuweisen, mit welcher die Beschlußbehörden nicht befaßt gewesen sind, welche auch zu den Fragen, für die sie innerhalb des Einziehungsverfahrens zuständig sind und nach dem Wesen des Beschlußverfahrens allein zuständig sein können, nicht gehört, nämlich die Frage, ob eine Entschädigung, wem und von wem sie infolge der Einziehung zu gewähren ist. Die Beantwortung dieser Frage würde an sich den ordentlichen Gerichten zukommen, wenn nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten dafür begründet wird (§ 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes). Es empfiehlt sich nicht, dies in der Art, wie etwa bei der Enteignung geschehen ist, zu tun, d. h. zunächst die Beschlußbehörden entscheiden zu lassen und hierauf den ordentlichen Rechtsweg zu eröffnen, jedoch nur gegen die durch diese Behörden getroffene Festsetzung der Entschädigung einschließlich der — bei der Einziehung außer Betracht bleibenden — Übernahme des Restgrundstücks als Teil der Entschädigung (§§ 30 ff. des Gesetzes über die Enteignung von Grundstücken vom 11. Juni 1874). Die Gründe, welche hierzu geführt haben und es zu rechtfertigen vermögen, namentlich wie der bei der Enteignung, daß die Frage der Entschädigung wegen ihres Zusammenhanges mit anderen Fragen einen Teil der sogenannten Planfeststellung bildet, treffen bei der Einziehung nicht nur nicht zu, es hat vielmehr die Entschädigungsfrage hier volle Selbständigkeit. Sie ist kein Teil der Einziehung, sondern eine für sich bestehende und allein für sich zu beurteilende Folge der Einziehung. Deshalb kann sie aus dem Beschlußverfahren über die Einziehung herausgeschält werden und ist aus ihm herauszuschälen. Dies selbstverständlich dahin, daß die Geltendmachung des Anspruchs auf Entschädigung nicht zeitlich unbeschränkt ist, sondern an eine nicht zu lang bemessene feste Ausschlußfrist, die nur durch rechtzeitige Anstellung der Klage gewahrt werden kann und von einer Verjährungsfrist grundsätzlich verschieden ist, gebunden wird. Die Frage der Entschädigung ist dann aber weiter, wie über sie nicht im Beschlußverfahren zu entscheiden ist, ebenso zweckmäßig dem zivilprozessualen Verfahren zu entziehen und dem Verwaltungsstreitverfahren zuzuweisen. Für das letztere eignet sie sich besser als zunächst für das Beschlußverfahren. Denn sie hängt von zu vielem ab, was, selbst wenn es nicht unbedingt und unmittelbar nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Ersatz von Schaden, doch jedenfalls diesen Bestimmungen, welche in ihrem Begriff und Wesen über das Gebiet des bürgerlichen Rechtes hinausgreifen und für jedes Rechtsgebiet allgemein passende Geltung haben,[8]) entsprechend und mit ihnen gleichartig zu beurteilen ist. Sie ist also zum sehr erheblichen Teile eine rein rechtliche Frage, die als solche dem Beschlußverfahren fern liegt. Andererseits eignet sie sich aber auch besser für das Verwaltungsstreitverfahren als für den Zivilprozeß. Denn wenn auch ihre Grundlage durch das Beschlußverfahren gelegt worden ist und dadurch feststeht, daß und wie die Einziehung stattzufinden hat, so werden doch die Einzelheiten der Entschädigung, der Berechtigte, der Verpflichtete und vor allem der Umfang, in welchem sie zu leisten ist, außer von dem Rechtlichen von nicht Rechtlichem, namentlich wirtschaftlichen Dingen beeinflußt. Diese nicht rechtlichen Dinge, die dabei in Betracht zu ziehenden Abwägungen und Rücksichten sowie die vorzunehmenden Maßnahmen des Ermessens, das von einem beschränkten, gebundenen Ermessen über das pflicht- und sachgemäße oder verständige Ermessen hinweg bis zu einem freien Ermessen führt und in diesen seinen verschiedenen Abstufungen stark voneinander abweichende Bedeutungen hat, sind, wie hoch auch der Teil des rein Rechtlichen abzuschätzen sein mag, in keinem Falle für so gering zu halten, daß sie sich nur als ganz nebensächlich darstellen und unbeachtet gelassen werden dürfen. Zu ihnen aber gehört die Frage der Entschädigung, und sie ist deshalb nach den zwischen den ordentlichen und den Verwaltungsgerichten obwaltenden Verschiedenheiten, der Vorbildung der Mitglieder, der ge-

[8]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 237, 238.

Digitized by Google

samten Tätigkeit und dem zu übenden Verfahren zweifellos nicht ebenso gut, sondern weit weniger für die ordentlichen Gerichte als für die Verwaltungsgerichte geeignet. Wenn die letzteren für etwas in ganz besonderem Maße berufen sind, so sind sie es für die Ermittlung und Feststellung der Entschädigung, die infolge der Einziehung eines öffentlichen Weges zu leisten ist.

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts erster Instanz ist selbstverständlich als eine ausschließliche des Gerichts der belegenen Sache, d. i. des einzuziehenden Weges, zu bestimmen.

Die Verhältnisse, welche für den Anspruch auf Entschädigung Bedeutung haben, sind in jedem einzelnen Falle verschieden. Es können daher über ihn getrennte Verwaltungsstreitverfahren stattfinden, wie übrigens auch bei den ordentlichen Gerichten grundsätzlich nur einzelne Zivilprozesse anhängig werden und zu entscheiden sein würden. Die Möglichkeit, die im Zivilprozesse geboten wäre, einzelne sachlich zusammengehörende Streitsachen auch ohne eine eigentliche Rechtsgemeinschaft zwischen den mehreren Klägern (vgl. oben Nr. IX Abs. 1 S. 346) miteinander zu verbinden, ist im Verwaltungsstreitverfahren ebenfalls gegeben und reicht auch hierfür aus, um etwaige Bedenken, die aus der Schädlichkeit des Getrenntbleibens mehrerer übereinstimmender oder ähnlicher Ansprüche infolge einer und derselben Einziehung trotz deren Einheitlichkeit und gleichmäßigen Wirksamkeit für und gegen alle entnommen werden könnten, abzuschneiden.

Bei den bisherigen Ausführungen ist nur die dem Geschädigten vom Staate zu gewährende Entschädigung ins Auge gefaßt worden. Es fragt sich nun noch, ob das Gleiche für das Rückgriffsrecht anzunehmen ist, welches dem Staate an die in zweiter Linie Entschädigungsverpflichteten zusteht. Dies hat unbedenklich zu geschehen. Denn es ist nur eine richtige Folge von dem gegenüber dem Staate Geltenden, wie es, wenn über den Entschädigungsanspruch an den Staat im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden wäre, auch folgerichtig sein würde, den ordentlichen Rechtsweg mit auf den Rückgriffsanspruch des Staates auszudehnen. Es ist um so mehr anzunehmen, als das Bedürfnis nach Einheitlichkeit für die Entscheidung über die sämtlichen Rückgriffsansprüche geringer ist als für die Ansprüche der mehreren Entschädigungsberechtigten an den Staat. Um zwar nicht ganz, aber doch soweit als irgendmöglich und notwendig ist, auszuschließen, daß miteinander nicht stimmende Entscheidungen ergehen, würde auch für die sämtlichen Rückgriffsansprüche ein besonderer Gerichtsstand vorzuschreiben sein, der ein ausschließlicher ist, weder ausdrücklich noch stillschweigend beseitigt werden kann und zweckmäßig ebenfalls nach der örtlichen Lage des öffentlichen Weges, der eingezogen worden ist, zu bestimmen wäre. Außerdem ist natürlich auch die Geltendmachung der Rückgriffsansprüche an eine Ausschlußfrist zu binden, die, wenn sie wohl etwas länger als die für die Ansprüche an den Staat zu bemessen sein würde, doch immer noch ziemlich kurz von da ab, wo der Staat die von ihm zu gewährende Entschädigung geleistet hat, bleiben könnte.

Damit wird das, was sich irgendwie erreichen läßt und jedenfalls ebensoviel, wenn nicht mehr, erreicht sein, als bei einer anderen Ordnung des Verfahrens für die Ansprüche an den Staat und die des Staates erreichen läßt. Hierbei sei noch als auf eine geeignete Hilfe, um unstimmige Entscheidungen zu verhindern, auf die Beiladung hingewiesen. Sie ermöglicht bereits bei ihrer jetzigen Gestaltung im § 70 LVG., noch stärker aber, sobald sie zweckmäßig abgeändert würde*), in dem Streitverfahren gegen den Staat diejenigen beizuladen, auf welche vom Staate zurückgegriffen werden kann, soweit sie und die Zulässigkeit eines Rückgriffs auf sie bereits bekannt waren, was vielfach der Fall sein wird, und wofür es auf die Höhe des Rückgriffsanspruchs und der Ersatzpflicht nicht ankommt, und hat dann die Wirkung, daß nach dem jetzigen Rechte die ergehende Entscheidung ihnen gegenüber gültig oder nach der künftig getroffenen Bestimmung von ihnen anzuerkennen ist.

*) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 19 S. 29, 30.

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

X.

Erlaß und Änderung von Universitätsstatuten.

Von Herrn Geheimrat Professor Dr. Adolf Arndt
in Charlottenburg.

Bekanntlich werden Universitätsstatuten auch nach Erlaß der Verfassung in Preußen wie in den übrigen deutschen Ländern durch die Exekutive erlassen und geändert. Dies geschieht bei den Universitätsstatuten durch das Staatsoberhaupt und bei den Fakultätsstatuten durch den Minister. Der Erlaß geschieht mitunter, z. B. bei Frankfurt a. M. (Erlaß vom 10. Juni 1914), ohne Anhörung der Korporationen. Meist ist die Anhörung erfolgt. Daß bei Aufhebung (Änderung) von Statuten diejenigen, die es angeht, mit ihrer „Notdurft" gehört werden, ist in § 62 Einl. zum Allgemeinen Landrecht ausgesprochen; daß solches auch bei deren Erlaß zu geschehen habe, ist zwar nicht wörtlich vorgeschrieben, wohl aber als dem Willen des Allgemeinen Landrechts (Teil II Tit. 12 § 68) entsprechend anzusehen.

Es ist in Frage gekommen, was die Unterlassung der Anhörung oder die Nichtberücksichtigung der Vorschläge der Korporation rechtlich zu bedeuten habe. Die Antwort kann nur sein, und dies ist in der Praxis niemals bezweifelt worden, daß solches rechtlich ohne Belang ist. Das Allgemeine Landrecht erteilt bekanntlich dem Staatsoberhaupte keine dieses rechtlich zwingende Vorschriften. Der Fall liegt ebenso, wie wenn ein Gesetz im absoluten Preußen vor seinem Erlasse nicht gemäß § 7 der Einl. zum ALR. der Gesetzkommission oder gemäß der Verordnung vom 20. März 1817 nicht dem Staatsrat oder gemäß dem Gesetze wegen

Digitized by Google

Anordnung der Provinzialstände vom 5. Juni 1823 nicht den Provinzialständen zur zuvorigen gutachtlichen Äußerung vorgelegt war. Auch hierüber herrscht Einmütigkeit[1]). Die Staatsregierung hat, wie Bornhak (Die Korporationsverfassung der Universitäten, 1910, s. auch Verwaltungsarchiv Bd. 18 S. 13) mitteilt, in einem Schreiben an den damaligen Universitätskurator Pernice in Halle bestritten, zur Anhörung rechtlich verpflichtet und irgendwie an die Vorstellungen und Vorschläge der Universitäten rechtlich gebunden zu sein. Wenigstens dieses letztere ist auch bisher von keiner Seite in Zweifel gezogen worden[2]). Hierbei ist noch zu beachten, was schon von Bornhak richtig hervorgehoben ist, daß von den preußischen Universitäten nur fünf im Geltungsgebiete des Allgemeinen Landrechts liegen. Daraus folgt, daß die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts auf die übrigen Universitäten nicht gesetzliche Anwendung finden, da die Theorie von einem einheitlichen inneren Staatsrecht in Judikatur[3]) und Literatur[4]) entschieden abgelehnt wird. Dies hindert indes nicht, daß die Staatsregierung die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts auch dort, wo diese nicht gesetzliche Geltung finden, freiwillig zum Anhalte nimmt und aus Zweckmäßigkeitsgründen sine opinione iuris sive necessitatis gleichmäßig im ganzen Staatsgebiet inhaltlich zur Anwendung bringt. Es ist solches übrigens sehr zweckmäßig.

Man gelangt nach Vorstehendem zu dem Schlusse, daß die Statuten der preußischen Universitäten königliche, die der Fakultäten ministerielle Verordnungen sind[5]). Zweifel und Streit bestehen

---

[1]) Gesetz-Revision XII—XIV Motive; Hubrich in Hirths Annalen 1904 S. 837; Arndt im Archiv für öffentliches Recht 1902 S. 570 ff. und Preußische Verfassung, 7. Aufl., S. 7.

[2]) Hubrich, Der Legalcharakter der preußischen Universitätsstatuten, Greifswald 1918, S. 68.

[3]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 28 S. 309, Bd. 48 S. 280, Bd. 53 S. 431, Bd. 71 S. 230; Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 48 S. 21.

[4]) Siehe die Kommentare von Anschütz und Arndt zu Art. 2 der preußischen Verfassung und die dortigen Zitate gegen Hubrich in Hirths Annalen 1908 S. 756 a. a. O.

[5]) Siehe auch Anschütz, Preußische Verfassung Bd. 1 S. 494 und Arndt zu Art. 26 der preußischen Verfassung, Selbständiges Verordnungsrecht S. 149, ferner Arndt, Die Stellung der Krone Preußens zu den Universitäten, Königsberg 1902, Selbständiges Verordnungsrecht S. 141 f. und St. Ber. Abg. 1860 S. 1119 f., 1215 f.

Digitized by Google

nun über die Frage, worauf sich das Recht zum Erlasse solcher Vorschriften im Verordnungswege gründet. Richtig und unbestritten ist, daß die in vorkonstitutionellen Gesetzen enthaltenen besonderen Ermächtigungen der Exekutive zu Verordnungen wie im allgemeinen so auch im Unterrichtswesen nach Erlaß der Verfassung bestehen geblieben sind, soweit diese der Verfassung nicht zuwiderlaufen [6]), und daß insoweit also die Exekutive noch im Universitätswesen Rechtsnormen erlassen darf [7]). Indes fehlt eine solche Ermächtigung, was übersehen wird, für Universitätsstatuten. Alles, was auf eine solche deuten könnte, ist im § 68 Teil II Tit. 12 ALR. enthalten, der lautet:

> Die innere Verfassung derselben (der Universität), die Rechte des akademischen Senats und seines jedesmaligen Vorstehers in Besorgung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten sind durch Privilegien und die vom Staate genehmigten Statuten einer jeden Universität bestimmt.

Das Recht, Statuten zu genehmigen, schließt das Recht, solche zu erlassen oder abzuändern, nicht in sich. So z. B. bestätigt das Reichsversicherungsamt die Unfallverhütungsvorschriften der Unfallberufsgenossenschaft, und der Bezirksausschuß bestätigt mancherlei Statuten der Kreise und Städte; Reichsversicherungsamt und Bezirksausschuß können diese auch verwerfen, sie können solche aber nicht abändern oder selbst erlassen [8]).

Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die an sich richtige Theorie vom Fortbestehen vorkonstitutioneller Ermächtigungen mit der sogenannten herrschenden Theorie (Anschütz-Hubrich) vereinbar ist, wonach Art. 62 der preußischen Verfassung das Erfordernis eines formellen Gesetzes für jede Rechtsnorm aufstellt. Denn wenn dies richtig wäre, so würde eine Verordnung, die einen Rechtssatz neu aufstellt, dem Art. 62 der Verfassung widersprechen

---

[6]) Anschütz, Kommentar Bd. 1 S. 494 a. a. O.; Arndt zu Art. 109 der preußischen Verfassung.

[7]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 1 S. 174, 192, Bd. 26 S. 182, Bd. 32 S. 457; Arndt, Selbständiges Verordnungsrecht S. 148, Kommentar, 7. Aufl., S. 377; Anschütz bei Kohler S. 604; Jellinek, Gesetze und Verordnungen S. 373; v. Martitz, Festgabe für O. Gierke S. 192 u. a. m.

[8]) Gierke, Privatrecht Bd. 1 S. 157; Oertel, Kommentar zur Städteordnung 1914 S. 80; Schücking, „Autonomie" bei Fleischmann Bd. 1 S. 192; Hubrich, Greifswalder Universitätsrecht S. 466.

Digitized by Google

und müßte im Wege der Gesetzgebung erlassen oder abgeändert werden[9]). Daß abgesehen von der angezogenen Vorschrift in § 68 Teil II Tit. 12 ALR. keine Bestimmung im vorkonstitutionellen Rechte enthalten ist, die der Exekutive eine Ermächtigung zum Erlaß oder zur Änderung von Universitätsstatuten gibt oder auch nur darauf gedeutet werden könnte, ist unzweifelhaft. Daraus ergibt sich, daß aus dem an sich richtigen Satze von der Fortgeltung vorkonstitutioneller Ermächtigungen die Befugnisse der Exekutive zum Erlaß und zur Änderung von Universitätsstatuten sich nicht ableiten läßt, abgesehen von dem Umstande, daß § 68 Teil II Tit. 12 ALR. nur für einen Teil der Universitäten gesetzliche Anwendung findet.

Dagegen ist richtig, wenn auch wiederum mit der sogenannten herrschenden Theorie absolut unvereinbar, daß sich die Befugnis auf das Organisationsrecht der Exekutive stützen kann. Organisatorische Verordnungen sind nach der fast einstimmigen Ansicht der Theorie und der Praxis Rechtsnormen[10]), insbesondere sind solche Universitätsstatuten, sie müßten also, wenn die Auslegung, welche die herrschende Theorie dem Art. 62 der preußischen Verfassung gibt, der (formellen) Gesetzesform bedürfen. Letzteres trifft aber nicht zu.

Art. 89 der preußischen Verfassung bestimmt:

> Die Organisation der Gerichte wird durch das Gesetz bestimmt.

Daraus folgt, daß die Organisation aller anderen Verwaltungen und Behörden in Preußen grundsätzlich noch der Exekutive zusteht, die hier bekanntlich alle Befugnisse bewahrt hat, die ihr durch die Verfassung nicht entzogen sind. Dieser Satz entspricht der Praxis und der weit überwiegenden Meinung in der Theorie[11]). Man

[9]) Siehe hierzu Arndt, Kommentar zur preußischen Verfassung, 7. Aufl., S. 377.

[10]) Siehe hierzu die demnächst im Verwaltungsarchiv zum Abdruck gelangende Abhandlung: „Die Verkündigung von Universitätsstatuten und aller in sie eingreifenden Königlichen Erlasse", ferner Arndt, Organisation der Verwaltungsbehörden im Verwaltungsarchiv Bd. 26 S. 267 ff.

[11]) Preuß in Hirths Annalen 1903 S. 525; Jellinek im Archiv für öffentliches Recht Bd. 12 S. 266 f.; v. Rönne, Preußisches Staatsrecht Bd. 1 § 105; G. Meyer, Staatsrecht S. 571; Anschütz, Gesetzgebende Theorien S. 54, 153 f.; O. Mayer im Archiv für öffentliches Recht Bd. 18 S. 98; Arndt, Reichsverordnungsrecht S. 149 und zu Art. 45, 47 und 96 der preußischen Verfassung; Bornhak, Preußisches Staatsrecht Bd. 1 S. 455 ff.

Digitized by Google

hat dabei festzuhalten, daß Universitäts- und Fakultätsstatuten Rechtsnormen darstellen. Es ist dies ausführlich in einem Erkenntnisse des Reichsgerichtes vom 9. März 1888 (Entscheidungen in Strafsachen Bd. 17 S. 211 ff.) nachgewiesen[12]). Alles, was nach dieser Richtung hin Hubrich in seinen verschiedenen Schriften über Universitätsrecht, besonders im Buche „Der Legalcharakter der preußischen Universitätsstatuten", 1918, S. 63 ff. anführt, ist ebenso richtig, wie seine Behauptung gegen Anschütz, daß die sogenannte Eigentums- und Freiheitsklausel im Gesetze vom 5. Juni 1823 keine Begriffsbestimmung, sondern eine Teilung des Gesetzgebungsbegriffs enthalte[13]).

Der Erlaß von Universitätsstatuten ist hiernach aus dem allgemeinen Organisationsrechte der Exekutive auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung in Preußen begründet[14]).

Es ist nun in Erörterung gezogen, welche Bedeutung dem Art. 112 der preußischen Verfassung:

> Bis zum Erlasse des in Art. 28 vorgesehenen Gesetzes bewendet es rücksichtlich des Unterrichtswesens bei den jetzt geltenden gesetzlichen Bestimmungen.

beizulegen ist. Hubrich[15]) hat aus der Entstehungsgeschichte des Art. 112 nachweisen wollen, daß man damals (also im Januar 1850) beabsichtigt habe, die Staatsregierung nicht nur von den Art. 20—25, sondern auch von der Herrschaft des Art. 62 der Verfassung zu befreien, wonach Rechtsnormen grundsätzlich nur im Wege der Gesetzgebung erlassen werden dürfen. Gegen diese Theorie spricht außer der Entstehungsgeschichte, wonach mit Art. 112 nur

[12]) Siehe auch Thoma, Festgabe für Otto Mayer S. 168; Hänel, Gesetz S. 223.

[13]) Die Behauptungen Hubrichs sind nicht neu, sondern im wesentlichen Wiederholungen von Arndt, Archiv für öffentliches Recht 1902 S. 570 ff.; Selbständiges Verordnungsrecht S. 47; siehe ferner Thoma, Polizeibefehl Bd. 1 S. 118; Fleiner, Institutionen S. 113 Anm. 7; Walz, Badisches Staatsrecht S. 209; Gierke bei Binding S. 157; Franz Rosin, Gesetz und Verordnung nach badischem Rechte u. a. m.

[14]) Siehe Staatsministerialbeschluß vom 28. November 1868 in den Justizministerialakten Bd. 26 S. 144 (bei Anschütz angezogen), Stenographische Berichte des Abgeordnetenhauses 1868 S. 436, des Herrenhauses 1869 S. 183; Arndt in der demnächst im Verwaltungsarchiv zum Abdruck gelangenden Abhandlung: „Die Verkündung von Universitätsstatuten und aller in sie eingreifenden Königlichen Erlasse."

[15]) Hirths Annalen 1907 S. 89 ff.

Digitized by Google

die Befreiung von den Vorschriften der Art. 20—25 und die Aufrechterhaltung des damals (1850) gültigen Rechtsstandes, soweit er den Art. 20—25 widerspricht, vom Gesetzgeber bezweckt war[16]), der Artikel selbst. Entscheidend sind nicht gelegentliche Bemerkungen einzelner Abgeordneter, sondern der klare Sinn und Wortlaut der Verfassung. Art. 112 sagt: es solle bis zum Erlasse des allgemeinen Unterrichtsgesetzes bei den jetzt geltenden gesetzlichen Bestimmungen bewenden; über die Art, wie in Zukunft Bestimmungen über das Unterrichtswesen erlassen werden sollen, besagt er nichts. Es bleibt daher bei den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, also auch, soweit Gesetze erforderlich sind, bei Art. 62. Es ist seit Erlaß der Verfassung oft der Erlaß von Gesetzen im Unterrichtswesen vorgenommen und noch öfter im Landtag oder sonst in Erwägung gezogen worden, und doch ist niemand auf den Gedanken verfallen, solche Gesetze gemäß Teil II Tit. 13 § 6 ALR., den Hubrich hier noch für anwendbar hält, allein durch den König vorzunehmen. Niemals hat insbesondere die Regierung ein solches Recht für sich in Anspruch genommen oder ausgeübt. Hubrich hebt hervor, daß die revidierte Verfassung nur eine Deklaration der oktroyierten vom 5. Dezember 1848 darstelle, daß also das „jetzt" aus dem Art. 112 auf den 5. Dezember 1848 zurückzubeziehen sei. Es mag dies dahingestellt sein. Am 5. Dezember 1848 galt aber in Preußen das mit Zustimmung des Vereinigten Landtags ergangene sogenannte Grundlagegesetz vom 6. April 1848, dessen § 6 bestimmt, den künftigen Vertretern des Volkes soll jedenfalls die Zustimmung zu allen Gesetzen zustehen. Danach konnte schon am 5. Dezember 1848 kein Gesetz mehr vom König allein, sondern nur noch mit Zustimmung der Volksvertretung erlassen werden.

Die Lex Schiffer vom 10. Juli 1906 hat, wie überhaupt, so auch bei der Abgrenzung zwischen dem Gebiete der Gesetzgebung und der Verordnung nichts geändert[17]). Schiffer selbst sagte in den stenographischen Berichten des Abgeordnetenhauses 1906 S. 4154:

> Unangetastet bleibt das Verordnungsrecht der Staatsregierung; über die Rechtsgültigkeit der erlassenen oder noch

[16]) Anschütz im Jahrbuch für öffentliches Recht Bd. 1 S. 203; Arndt, im Archiv für öffentliches Recht Bd. 1 S. 512.

[17]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 37 S. 457; Arndt und Anschütz zu Art. 26 bezw. 112 der preußischen Verfassung.

Digitized by Google

zu erlassenden Verordnungen ist in dieser Verfassungsbestimmung (Lex Schiffer) nichts gesagt, sie richtet sich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze zeigen jedoch das Organisationsrecht der Regierung oder anders ausgedrückt: nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, nach der Theorie und der bestehenden Praxis hat die Exekutive wie überhaupt so auch im Unterrichtswesen aus eigenem Rechte die Organisationsbefugnis, also kann sie ohne besondere gesetzliche Ermächtigung nach wie vor Universitäts- und Fakultätsstatuten erlassen und ändern. Man braucht aber gar nicht auf die Entstehungsgeschichte der Lex Schiffer einzugehen, es genügt, Sinn und Wortlaut zu beachten, wonach es im Unterrichtswesen bei dem „geltenden Rechte" bewenden soll. Geltendes Recht ist nicht, was irgendeine Theorie lehrt, sondern was tatsächlich in Übung und Geltung steht. Es liegt dies ebenso wie bei Art. 61 der Reichsverfassung, wonach das preußische Militärrecht, so wie es vor der norddeutschen Bundesverfassung tatsächlich galt, in das Reichsrecht übernommen werden sollte, und zwar als Verordnung, das, was tatsächlich in Preußen Verordnung gewesen ist[18]). Ebenso liegt es bei Art. 48 Abs. 2 der Reichsverfassung. Was tatsächlich in Preußen und dem Norddeutschen Bunde ohne Gesetz im Verordnungswege geregelt wurde, soll auch noch weiter im Gebiete des Post- und Telegraphenwesens ohne Gesetz geregelt werden[19]).

Wenn dies nicht schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgen würde, so folgt hiernach aus Sinn und Wortlaut wie auch aus der Entstehungsgeschichte der Lex Schiffer, daß alles, was bis dahin (1906) tatsächlich ohne Gesetz erlassen wurde, gleichviel ob theoretisch richtig oder falsch, auch in Zukunft weiter durch bloße Verordnung erlassen, geändert und fortgebildet werden konnte. Da man nun bis 1906 tatsächlich Universitäts- und Fakultätsstatuten im Verordnungsweg erließ und abänderte, so 1854

[18]) Graf Roon, Stenographische Berichte des verfassungberatenden Norddeutschen Reichstags 1867 S. 58; Arndt und Dambitsch zu Art. 61 der Reichsverfassung.

[19]) Rudolf Delbrück in den Stenographischen Berichten des Reichstags 1869 Bd. 1 S. 61 und Bd. 2 S. 880; Seydel, Kommentar zur Reichsverfassung S. 286; Dambitsch und Arndt zu Art. 48 der Reichsverfassung.

Digitized by Google

für Halle, 1865 für Greifswald, so muß dies auch weiter gelten. Da man ferner bis dahin solche Statuten nicht in der Gesetzsammlung publizierte, so muß dieser Publikationsmodus auch weiter zulässig erscheinen. Weit entfernt also davon, daß, wie Hubrich behauptet, die Lex Schiffer den Gesetzesweg für Universitätsstatuten fordert und die Publikation in der Gesetzsammlung verlangt, läßt sie den Verordnungsweg und die Publikation in Buchform zu, weil solches damals (1906) tatsächlich geltendes Recht war. Eine solche Auffassung entspricht auch nicht, wie Anschütz (Kommentar S. 496) behauptet, absolutistischen Spezialgrundsätzen, sondern den einfachsten Regeln der Gesetzesauslegung. Denn ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach seit Erlaß der Verfassung gemäß deren Art. 62 Rechtsnormen irgendwelcher Art nur im Wege der Gesetzgebung vorgeschrieben werden dürfen, besteht nicht. Niemand besser als Anschütz widerlegt seine eigene Theorie, indem er sich auf den Staatsministerialbeschluß vom 28. November 1868 und die Erklärungen des Regierungskommissars im Herrenhause vom Jahre 1869 bezieht. Darin wird gesagt[20]), daß die Krone, da sie alle Rechte bewahrt habe, die ihr nicht entzogen sind, das Organisationsrecht besitzt. Dies enthält jedoch, wie feststeht, die Befugnis, Rechtsnormen zu erlassen. Nun heißt es im Staatsministerialbeschluß und in der Erklärung des Regierungskommissars, daß die Staatsregierung nicht die Rechte der Preußen durch das Organisationsrecht verändern könne. Dies entspricht dem Satze, daß die Rechte der Preußen in den Art. 3 ff. der Verfassung unter das Erfordernis (Vorbehalt) des Gesetzes gestellt sind. Die Regierung kann also nicht den Schulzwang ausdehnen, da dies gegen Art. 5 und 8 verstoßen würde. Sie kann jedoch z. B. Schulgeld (Gebühren) einführen und ändern, da Art. 102 der preußischen Verfassung nur für sogenannte Dienergebühren oder Sporteln den Gesetzesweg vorschreibt (Arndt im Verwaltungsarchiv 1903 S. 432, Moll daselbst 1910 S. 251; Arndt zu Art. 102 der preußischen Verfassung). Erlaß und Änderung von Universitäts- und Fakultätsstatuten ändern an dem allgemeinen Rechtsstande der Preußen nichts, sind also nicht an das Erfordernis (den Vorbehalt) des

[20]) Siehe auch den Staatsministerialbeschluß bezüglich des Prisenreglements vom 20. Juni 1864 in den Stenographischen Berichten des Abgeordnetenhauses 1865 S. 2070 f.; Arndt, Selbständiges Verordnungsrecht S. 200.

Digitized by Google

Gesetzes geknüpft. Zur Begründung des Satzes, daß durch Art. 62 der preußischen Verfassung jeder materielle Rechtssatz getroffen werde, führt Anschütz aus, daß vor der Verfassung der preußische Staat nur den materiellen Gesetzesbegriff gekannt habe, Gesetz also gleich Rechtsnorm schlechthin gewesen sei. Dies trifft nicht zu. Gesetz im Sinne des absoluten Staates war nicht jede Rechtsnorm, sondern „formell" nur die vom König erlassene (v. Daniels, Allgemeines preußisches Privatrecht, 2. Aufl., S. 43; v. Daniels, System Bd. 1 S. 56; K. G. Bergius, Ergänzungen zur Gesetzsammlung, Breslau 1841, Vorrede LV; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 1 S. 30; Arndt, Selbständiges Verordnungsrecht S. 39 ff.; Kommentar, 7. Aufl., S. 7 und die dortigen Zitate; ferner Hubrich in Hirths Annalen 1914 S. 802, 804 a. a. O.).

Sodann behauptet Anschütz, daß schon im Gesetze vom 5. Juli 1823 bestimmt worden sei, die dort enthaltene Eigentums- und Freiheitsklausel bedeute jede materielle Rechtsnorm und bedürfe der Anhörung der Stände. Diese Behauptung ist in der ganzen Wissenschaft abgelehnt und dürfte hier weiter keiner Widerlegung bedürfen (siehe oben S. 353 Anm. 13).

Man hat endlich behauptet, daß, wenn Art. 62 nicht für jede Rechtsnorm ein Gesetz verlange, er eine „Tautologie" enthalten würde. Aber dieser sogenannte Tautologiebeweis gilt heute allgemein als mißglückt[21]). Nach den vorstehenden Ausführungen kann die Staatsregierung zwar nicht alles, was sie will, im Unterrichtswesen vorschreiben (solches ist von keiner Seite behauptet oder verlangt worden). Wohl aber kann sie noch vielerlei auf diesem Gebiet ohne gesetzliche Ermächtigung regeln, z. B. die Unterrichtsgegenstände, die Prüfungsvorschriften, die Zu- und Entlassungsbedingungen. Es ist darauf hingewiesen, daß die Staatsregierung häufig nicht den Verordnungsweg eingeschlagen habe, sondern den Gesetzesweg betreten habe, wozu sie nach der Arndtschen Theorie nicht gezwungen gewesen wäre. Der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte (Justizministerialblatt 1858 S. 266; Zentralblatt für die Unterrichtsverwaltung 1864 S. 757) hat anerkannt, daß die Staatsregierung sogar Volksschullehrergehälter im Verordnungswege festsetzen könne[22]).

[21]) Thoma, Festgabe für Otto Mayer S. 168; Triepel, Juristische Wochenschrift 1918 S. 341; Arndt daselbst S. 682 usw.

[22]) Die Witwen- und Waisenbezüge der Professoren beruhen noch heute auf selbständiger Verordnung.

Digitized by Google

Wenn gleichwohl die Regierung später den Gesetzesweg bei solchen Fragen betreten hat, so geschah dies, weil sie wegen des Geldpunkts den Landtag nicht entbehren konnte. (Siehe Gesetz vom 3. März 1897, Gesetzsammlung S. 25, vom 6. Juli 1885 S. 298, Gesetz vom 26. April 1890, Gesetzsammlung S. 89, vom 23. Juli 1893, Gesetzsammlung S. 194, vom 11. Juni 1894, Gesetzsammlung S. 109, usw.). Wenn gefragt worden ist (Anschütz im Jahrbuche für öffentliches Recht Bd. 1 S. 206), warum die Volksschulunterhaltungspflicht1906 nicht durch Verordnung, sondern durch Gesetz geregelt wurde, so ist die Antwort darauf, daß 1. die Verfassung in Art. 26 auf ein Gesetz verweist, 2. Staatszuschüsse erforderlich sind (Art. 99), 3. zahlreiche formelle Gesetze abzuändern waren, z. B. Gesetze vom 14. Juli 1888, Gesetzsammlung S. 240, vom 3. März 1897, Gesetzsammlung S. 25, vom 26. April 1890, Gesetzsammlung S. 89, und 4. weil die Volksschulunterhaltungspflicht den Gemeinden auferlegt wurde, also nach Art. 105 ein Gesetz erforderlich war. Es mag schließlich angeführt werden, daß man in letzter Zeit den Satz: Art. 62 der preußischen Verfassung habe den sogenannten materiellen Gesetzesbegriff, verlange also für jede Rechtsnorm, also auch für Universitätsstatuten, den Gesetzesweg, wohl allgemein aufgegeben hat[23]). Thoma macht jedoch eine Einschränkung. Er sagt: zwar kenne die preußische Verfassung nicht den materiellen, sondern nur einen formellen Gesetzesbegriff, doch hätten die preußischen Praktiker mit diesem nichts anzufangen verstanden und den materiellen Gesetzesbegriff (die Eigentums- und Freiheitsklausel) aus den mittelstaatlichen Verfassungen an- und aufgenommen. Dies ist unrichtig. Die preußischen Praktiker und noch mehr die rheinischen, welche lediglich den formellen Gesetzesbegriff kannten, und in erster Reihe beim Zustandekommen der Verfassung mitwirkten (P. Reichensperger, v. Daniels, Simons u. a. m.), wußten sehr wohl mit dem formellen Begriff etwas anzufangen. Sie haben die mittelstaatlichen Verfassungen gar nicht oder doch kaum beachtet und sind noch weniger an diesen groß geworden. Aber selbst die mittelstaatlichen Verfassungen haben die Eigentums- und Freiheitsklausel nicht auf das Universitätswesen und die Universitätsstatuten ausgedehnt (Seydel, Bayerisches Staatsrecht Bd. 6 S. 389). Triepel macht eine andere Einschränkung, er meint, daß man aus dem

[23]) Thoma für Otto Mayer S. 370; Triepel, Juristische Wochenschrift 1918 S. 341, auch Arndt im Verwaltungsarchiv Bd. 25 S. 173.

Digitized by Google

älteren preußischen Rechte den materiellen Gesetzesbegriff entnommen habe, §§ 6, 7 der Einl. zum ALR. Nach diesen Paragraphen sollen Gesetze, welche „die besonderen Rechte und Pflichten der Bürger betreffen", vor ihrem Erlasse der Gesetzeskommission vorgelegt werden. Abgesehen davon, daß dies nur eine sogenannte Soll-, keine Mußvorschrift war, so hat man dabei nur an die Privatrechte der Bürger oder höchstens an die Pflichten aus dem allgemeinen Gewaltverhältnisse gedacht, nicht aber an die Vorschriften in den Universitätsstatuten, welche nur diejenigen angehen, welche, was nur mit ihrem Willen möglich ist, die Universitätsanstalt benutzen. Übrigens war und wäre auch niemals jemand auf den Gedanken gekommen, Universitätsstatuten der Gesetzeskommission für Begutachtung vorzulegen. Die Kommission hat überhaupt nur kurze Zeit bestanden [24]). Also selbst nach den Einschränkungen, die Thoma und Triepel machen, bedarf es für Universitätsstatuten nicht der Gesetzesform.

Fassen wir nochmals die Gründe zusammen, aus denen sich ergibt, daß weder zum Erlasse noch zur Änderung von Universitäts- und Fakultätsstatuten ein Gesetz nötig ist, so sind es diese:

1. Die Exekutive hat in Preußen alle Rechte bewahrt, die ihr durch die Verfassung nicht entzogen sind. Art. 26 fordert ein Gesetz nur für das allgemeine Unterrichtsgesetz, und aus Art. 62 ist nicht abzuleiten, daß jede Rechtsnorm ein Gesetz erfordert.

2. Nach anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen hat die Exekutive das Organisationsrecht, also auch die Befugnis, Universitäts- und Fakultätsstatuten zu erlassen.

3. Die Lex Schiffer läßt das 1906 tatsächlich bestehende Recht fortgelten, als auch die Befugnis der Exekutive, Universitäts- und Fakultätsstatuten im Verordnungswege zu erlassen.

Jeder dieser drei Gründe genügt auch einzeln betrachtet.

Es ist darauf hingewiesen (Hubrich, Der Legalcharakter der preußischen Universitätsstatuten und die Notwendigkeit eines neuen Universitätsgesetzes, Greifswald 1918, S. 117), daß im Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Studierenden vom 29. Mai 1879 die

---

[24]) Nach Gosler, Handbuch gemeiner Rechtsmehrheiten, 1793, S. 9, sind besondere Rechte im Sinne des Landrechts die im Gegensatze zu den allgemeinen Menschenrechten, die den Menschen von Natur zustehenden, siehe auch Hubrich, Greifswalder Universitätsrecht S. 31, Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht 1884 Bd. 1 S. 68, 69; §§ 82, 87, 410 Allgemeines Gesetzbuch von 1791.

Digitized by Google

Senate der Landesuniversitäten mit dem schwersten Teile der akademischen Disziplinargewalt über die Studierenden betraut sind. Daraus wird an der angezogenen Stelle gefolgert, daß ein anders als damals zusammengesetzter akademischer Senat, insbesondere ein solcher, dem nach einem Staatsministerialerlaß ein Extraordinarius hinzugefügt ist, nicht im Sinne des Gesetzes vom 29. Mai 1879 die Eigenschaft eines gesetzmäßig eingerichteten Universitätsorgans habe. Danach solle, so meint Hubrich, jedes Senatsmitglied die Amtspflicht haben, seine Mitwirkung bei Erledigung eines Disziplinarfalls zu verweigern. Wäre diese Argumentation richtig, so müßte man folgern, daß, wenn das Allgemeine Landrecht oder das Bürgerliche Gesetzbuch dem Gericht eine Funktion zuweisen, das Gericht in seiner Organisation unverändert bleiben müsse. Wenn im Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 oder im Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 dem Minister des Inneren Befugnisse übertragen sind, so müßte man nach vorstehender Theorie behaupten, daß diese Befugnisse entfallen sind, nachdem das Medizinalwesen dem Minister des Innern übertragen ist. Wenn im Allgemeinen Berggesetze vom 24. Juni 1865 und in dem Zuständigkeitsgesetze vom 1. August 1883 dem Minister für Landwirtschaft gesetzliche Befugnisse übertragen sind, z. B. bei Enteignungen, so müßte man behaupten, daß er diese Befugnis verloren hat, nachdem die Domänen und Forsten vom Finanzministerium abgetrennt und dem landwirtschaftlichen Ministerium übertragen sind (Erlaß vom 7. August 1878 Gesetzsammlung 1879, S. 25). Wäre diese Theorie richtig, so wäre die Staatsmaschine zum Stillstande verurteilt.

Das Gesetz, betreffend die Erweiterung des Rechtswegs, vom 24. Mai 1861, Gesetzsammlung S. 242, eröffnet den Rechtsweg für vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse. Nach § 6 sollen bei der rechtlichen Beurteilung die den Beamten „besonders erteilten Zusicherungen" berücksichtigt werden. Eine besondere Zusicherung liegt vor, z. B. wenn dem Professor eine bestimmte Honorareinnahme gesichert wird. In der Anstellung als Professor an einer bestimmten Fakultät liegt aber nicht die besonders erteilte Zusicherung, daß nicht mehr Professoren in dieser speziellen Fakultät angestellt werden. Sonst könnte jeder Amtsrichter auf Schadenersatz klagen, wenn durch Vermehrung der Amtsrichterstellen die Gelegenheit zu Lokalterminen und die Einnah-

Digitized by Google

men daraus verringert werden. Es könnte jeder vortragende Rat im landwirtschaftlichen Ministerium gerichtlich klagen, weil die Domänendezernenten aus dem Finanzministerium in das Ministerium für Landwirtschaft übernommen sind. Ebensowenig hat ein Beamter eine besondere Zusicherung dahin, daß ihm nicht ein anderer mit einem höheren Dienstalter vor- oder eingeschoben wird. Sonst wären alle Antedatierungen von Offizierspatenten nichtig.

Das Vorstehende dürfte so klar sein, daß es einer weiteren Ausführung nicht bedürfen wird.

Hierzu mag noch bemerkt werden, daß die Ansicht von Hubrich, wonach die Anstellung der Beamten einen Vertrag darstellt, unrichtig ist. Diese ist ein Staatshoheitsakt, und zwar auch nach der konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts [25]).

Aus diesen Gründen ergibt sich, daß ein Professor aus seiner Berufung oder Anstellung kein Recht herleiten kann, einer Änderung der Universitätsstatuten im Verordnungswege zu widersprechen.

---

[25]) RGZ. Bd. 62 S. 431; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 12; Fleiner, Institutionen, 2. Aufl. S. 174; Hatschek, Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts S. 10, 356; Kormann, Anschütz u. a. m.

Digitized by Google

XI.

Die freien Genossenschaften des Wassergenossenschaftsgesetzes vom 1. April 1879.

Von Herrn Oberlandeskulturgerichtsrat Geheimen Oberjustizrat Holzapfel in Berlin.

Das Wassergesetz vom 7. April 1913 (WG.) hebt das Gesetz vom 1. April 1879 (WGG.) auf (§ 399 Nr. 11), regelt die Verhältnisse der nach diesem Gesetze begründeten öffentlichen Genossenschaften (§ 283), erwähnt jedoch mit keiner Silbe die nach demselben Gesetze begründeten freien Genossenschaften. Was hat dieses Schweigen des WG. zu bedeuten? Nach zwei Richtungen hin kann die Frage ohne Umstände beantwortet werden: das Schweigen bedeutet einmal eine bedauerliche Rechtsunsicherheit, und sodann eine Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Gesetzgebers. Den Beweis hierfür liefern die Antworten, die die Frage nach ihrer sachlichen Seite gefunden hat. Denn diese erschöpfen fast alle Möglichkeiten, die für die „Ausfüllung" der Gesetzeslücke überhaupt in Betracht kommen, und die Meinungsverschiedenheiten bestehen nicht nur zwischen Rechtsgelehrten, sondern auch zwischen hohen Spruchbehörden.

Die verschiedenen Ansichten sind folgende:

1. Das WG. hat die freien Genossenschaften schlechthin aufgehoben, mit seinem Inkrafttreten sind sie derart erloschen, daß auch kein Verein ohne Rechtsfähigkeit, keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, übrig geblieben ist. Doch sind die freien Genossenschaften mit ihrer Aufhebung in den Zustand der Liquidation getreten, und für das Liquidationsverfahren gelten die Vorschriften des WGG. (§§ 34 ff.). Diese Ansicht vertritt in eingehender Begründung der

Digitized by Google

Plenarbeschluß des Landeswasseramts (LWA.) vom 3. März 1916[1]).

2. Das WG. hat den freien Genossenschaften nur die Rechtspersönlichkeit — die Eigenschaft eines rechtsfähigen Vereins — entzogen, sie aber als nicht rechtsfähige Personengemeinschaften bestehen lassen. Ein Liquidationsverfahren, etwa nach §§ 34 ff. WGG., findet nicht statt. Diese Ansicht vertritt — wiederum in eingehender Begründung — der Beschluß des Kammergerichts (KG.) vom 20. April 1916[2]). Ferner vertreten sie, jedoch ohne die Zulässigkeit einer Liquidation zu erörtern, Holtz-Kreutz, die wegen der übrig bleibenden nicht rechtsfähigen Personengemeinschaft auf die §§ 705—740 BGB. über Gesellschaft und die §§ 741 bis 758 BGB. über Gemeinschaft hinweisen. Endlich vertreten sie Bochalli und Lenhard Reichau[3]).

3. Das WG. hat die freien Genossenschaften sowohl in ihrem Bestand als Personengemeinschaften wie auch in ihrer Rechtsfähigkeit unberührt gelassen. Diese Ansicht vertreten Wulff-Heröld, Baumert und Güthe[4]). Ihr hat sich auch das Oberlandeskulturgericht in einem Beschlusse vom 13. Dezember 1918 in der Zusammenlegungssache von Selgersdorf angeschlossen. Gründe sind dem Beschlusse, der lediglich den Kommissar mit Anweisungen für die Beweisaufnahme und das weitere Verfahren versieht, nicht beigefügt. Auch die genannten Schriftsteller unterlassen es, ihre Ansicht näher zu begründen.

Eine nähere Prüfung ergibt indessen, daß gerade dieser dritten Ansicht die besten Gründe zur Seite stehen.

Die Behauptung, daß das WG. die freien Genossenschaften — sei es ganz, sei es als rechtsfähige Vereine — beseitigt habe, stützt sich auf zwei Gründe: einmal auf den angeblichen Willen des Gesetzes (so das LWA. und vor allem das KG.), sodann auf die Annahme, daß das WG. den genannten Genossenschaften das

---

[1]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 39 S. 126.

[2]) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 49 S. 129.

[3]) Holtz-Kreutz, Das preußische WG. Bd. 2 S. 170; Bochalli, Die Wassergenossenschaften S. 17; Lenhard Reichau, Preußisches WG. S. 453.

[4]) Wulff-Herold, WG. S. 346; Baumert, Leitfaden des preußischen Wasserrechts S. 133; Güthe, Die Grundbuchordnung, 3. Aufl., Nachtr. S. XLV.

Digitized by Google

Weiterleben tatsächlich unmöglich gemacht habe (so das LWA.).

Den Willen des Gesetzes — das, was der Gesetzgeber im Sinne gehabt hat, — wird man am zuverlässigsten aus den Vorarbeiten zu dem Gesetz und den Landtagsverhandlungen entnehmen können. Es ist also zunächst zu fragen: was sagen uns diese Vorgänge?

Der erste Entwurf des WG. von 1893 beließ es hinsichtlich der freien Genossenschaften bei dem WGG., das für sie unverändert in Kraft bleiben sollte. Der zweite Entwurf von 1907 erkannte, wie die ihm beigegebene Begründung erklärt, „ein Bedürfnis zu besonderen Vorschriften über die Bildung freier Genossenschaften nicht mehr" an, setzte daher das ganze WGG. außer Kraft und beließ es „nur für die beim Inkrafttreten des neuen Gesetzes bereits bestehenden freien Genossenschaften bei den bisherigen Bestimmungen". Der dritte, dem Landtage vorgelegte Entwurf von 1911 hob nicht nur ebenfalls das WGG. auf, sondern ließ auch den Vorbehalt für die bestehenden freien Genossenschaften fallen. Die Begründung (Drucksachen des Abgeordnetenhauses 1912/13 Nr. 9 B S. 684 zu 1b) bemerkt dazu: „Der Entwurf enthält nicht mehr besondere Bestimmungen über freie Genossenschaften, im Gegensatze zu öffentlichen Genossenschaften, da ein Bedürfnis zum Erlasse besonderer gesetzlicher Bestimmungen über die Bildung freier, also lediglich auf privatrechtlicher Grundlage beruhender Genossenschaften nicht besteht. . . . Der Entwurf behandelt daher nur Wassergenossenschaften, die den öffentlichen Genossenschaften des WGG. entsprechen, zudem bietet das allgemeine bürgerliche Recht genügend Handhaben, um auf privatrechtlicher Grundlage eine gemeinschaftliche Melioration durchzuführen". Hierzu macht das LWA. in seinem Plenarbeschluß ergänzend die zutreffende Bemerkung: „Die Begründung des WG.-Entwurfes enthält nur Erwägungen, die sich auf die Bildung neuer freier Wassergenossenschaften beziehen. . . . . Gegen den Fortbestand der vorhandenen freien Wassergenossenschaften sind ausdrückliche Bedenken weder hier noch sonst irgendwo bei den Beratungen des WG. geäußert worden."

Bei einer unbefangenen Würdigung dieser Vorgänge wird man zu dem Schlusse kommen: An eine Aufhebung der bestehenden freien Genossenschaften hat der Gesetzgeber nicht gedacht; er hat über diese

Digitized by Google

Genossenschaften aber auch nicht in irgendeinem anderen Sinne etwas bestimmen wollen, sie vielmehr dem Rechte außerhalb des WG. überlassen. Wenn im Gegensatze hierzu das KG. in den Gründen seines Beschlusses ausführt: „Dieser Entwicklungsgang läßt mit Sicherheit erkennen, daß der Entwurf von 1911 nicht nur die Bildung künftiger freier Genossenschaften verhindern, sondern auch die bestehenden freien Genossenschaften als solche beseitigen wollte", so ist das nicht richtig. Das, was das KG. annimmt, ist nicht nur nicht „mit Sicherheit", sondern überhaupt nicht zu erkennen.

Das KG. versucht freilich noch nachzuweisen, daß der von ihm unterstellte Aufhebungswille auch im Gesetze selbst Ausdruck gefunden habe. Hierüber sagt es: Angesichts der das WGG. aufhebenden Vorschrift § 399 Nr. 11 des WG. hätte in dessen Abschnitte III („Wassergenossenschaften") unter Titel 7 („Genossenschaften, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begründet sind") auch über die freien Genossenschaften eine Übergangsbestimmung getroffen werden müssen, wenn das Gesetz diese Genossenschaften hätte aufrecht erhalten wollen; man hätte dies um so mehr erwarten dürfen, als sich die Überschrift des Titels 7 auf alle Arten von bestehenden Genossenschaften, also auch auf die freien, beziehe; der einzige unter dem Titel stehende § 283 enthalte aber nur eine Übergangsvorschrift für die öffentlichen Genossenschaften, indem er diese dem neuen Rechte unterstelle, von den freien Genossenschaften spreche er nicht; „aus dieser bewußten Weglassung" sei zu folgern, daß das WG. „mit einem Fortbestehen dieser Art von Genossenschaften nicht rechne, ... daß es freie Genossenschaften mit dem Augenblicke des Inkrafttretens des Gesetzes nicht mehr gebe." In ähnlicher Weise beruft sich auch das LWA. auf § 283 WG. Auch dieses nimmt an, daß eine Übergangsbestimmung für die freien Genossenschaften absichtlich fortgelassen sei. Es findet dies um so bedeutsamer, als eine solche Bestimmung allenfalls für die öffentlichen, keinesfalls aber für die freien Genossenschaften entbehrlich gewesen wäre, und kommt zu dem Schlusse, daß das WG. nicht beabsichtigt habe, die freien Genossenschaften aufrecht zu erhalten „und für sie das grundsätzlich in zweifelloser Weise aufgehobene alte Recht . . . . weiter bestehen" zu lassen; „dazu hätte es einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft."

Diese Beweisführung ist ebensowenig überzeugend, wie die auf

Digitized by Google

die Vorarbeiten zum WG. gestützte. Die Zahl der bestehenden freien Wassergenossenschaften ist freilich nicht groß; der Rechtsverkehr hat von dieser Einrichtung nur vereinzelt Gebrauch gemacht, und man hielt es nicht für nötig, im WG. gesetzliche Handhaben zur Bildung weiterer freier Genossenschaften zu schaffen. Aber es ist doch nicht zu bestreiten, daß die Beseitigung einer einmal begründeten Genossenschaft einen tiefen Eingriff in bestehende Rechtsverhältnisse bedeutet. Die einzelne Genossenschaft ist ein organisches Gebilde, eine Rechtspersönlichkeit, der das Gesetz wichtige Aufgaben überwiesen hat, und die durch tausend Fäden mit dem Rechtsleben verknüpft ist. Wird sie beseitigt, so bleiben ihre Aufgaben unerfüllt, die sie mit dem Rechtsleben verknüpfenden Fäden zerreißen. Derartige Eingriffe pflegt der Gesetzgeber nicht stillschweigend vorzunehmen, er pflegt es nicht dem Scharfsinne der Rechtsgelehrten zu überlassen, den deutungsfähigen Sinn seines Schweigens aus der Fassung von Titelüberschriften und anderen Äußerlichkeiten herauszutüfteln. Wenn man dies bedenkt, so wird man nicht sagen dürfen: weil das WG. die freien Genossenschaften nicht ausdrücklich aufrecht erhält, sind sie untergegangen, sondern man wird umgekehrt sagen müssen: da das WG. die freien Genossenschaften nicht ausdrücklich aufhebt, sind sie bestehen geblieben. Nicht der Erhaltungs-, sondern der Aufhebungswille des Gesetzgebers erfordert eine ausdrückliche Erklärung. Zur Aufrechterhaltung des Bestehenden genügte es, daß der Gesetzgeber schwieg; denn das Schweigen ist der natürliche Ausdruck für das Unterlassen eines Eingriffs in das Bestehende. Hinzu kommt noch, daß bei der Beratung des Gesetzentwurfes zwar die Absicht geäußert ist, die künftige Bildung freier Genossenschaften zu hindern, nicht aber die Absicht, die bestehenden freien Genossenschaften aufzuheben. Von den zu Worte gekommenen Personen, die amtlich oder verfassungsmäßig beim Zustandekommen des WG. mitgewirkt haben, hat niemand den Aufhebungswillen gehabt. Diese Tatsache spricht entscheidend dafür, daß alle Beweisgründe, die für einen *stillschweigenden* Aufhebungswillen angeführt werden, auf falscher Deutung beruhen müssen. Ein auf die Aufhebung der freien Genossenschaften gerichteter *Wille des Gesetzgebers* ist weder erwiesen noch erweislich.

Das LWA. macht als zweiten und hauptsächlichsten Grund für den Untergang der freien Genossenschaften geltend, daß sie unter

Digitized by Google

dem jetzt geltenden Rechte tatsächlich nicht mehr bestehen könnten.

Das LWA. folgert die tatsächliche Unmöglichkeit eines Fortbestehens der freien Genossenschaften daraus, daß das WGG. durch § 399 Nr. 11 des WG. vollständig und vorbehaltlos aufgehoben sei. Es gibt zwar zu, „daß nach einer überwiegend verbreiteten, auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedeutsamen Anschauung Rechte und Rechtsverhältnisse bei einer Änderung der für sie maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen unter der neuen Rechtsordnung fortbestehen sollen, soweit dies nicht mit den Bestimmungen oder mit Sinn und Zweck des neuen Gesetzes unvereinbar sei". Es meint jedoch: Diese Rechtsanschauung könne den freien Genossenschaften nichts helfen, weil ihnen nach dem Fortfalle des WGG. die gesetzliche Stütze fehle, deren sie zur Fristung ihres Daseins als rechtsfähige Vereine bedürften; die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über rechtsfähige Vereine könnten für die auf dem vorbehaltenen Landeswasserrechte beruhenden Genossenschaften nicht in Betracht kommen, weil das WG. die Anwendung dieser Vorschriften nicht gewollt habe, und die Satzungen, die sich die Genossenschaften gegeben hätten, reichten nicht aus, um ihnen ein geordnetes Rechtsleben, namentlich in ihren Beziehungen nach außen, zu gewährleisten.

Das LWA. geht hier von dem Satze aus, daß bei einer Änderung des Gesetzes die unter dem alten Rechte entstandenen Rechtsverhältnisse im Zweifel auch unter der Herrschaft des neuen fortbestehen. Die Richtigkeit dieses Satzes wird im Ernste nicht bestritten werden können. Er ist wohl auch für bürgerlichrechtliche Verhältnisse allgemein anerkannt. Bei den Rechtsverhältnissen, die das alte Recht überdauern, denkt man gewöhnlich in erster Linie an die sogenannten wohlerworbenen Rechte Einzelner, wie Eigentum, Forderungen und dergl. Aber der Satz ist auf diese nicht zu beschränken. Daß er insbesondere auch für die auf dem Boden des bürgerlichen Rechtes stehenden Vereine gilt, wird in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 51 S. 161 anerkannt, wo er auf die erlaubten Privatgesellschaften des Allgemeinen Landrechts bezogen wird[5]). Daher sind auch die freien Genossenschaften des WGG. seiner Anwendung unterworfen. Ferner haben zwar die freien Genossenschaften bei

[5]) Ähnlich auch Riedner, Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl., S. 295.

Digitized by Google

ihrer Eigenart weder im neuen Wasserrechte noch im allgemeinen bürgerlichen Rechte ein Seitenstück. Das WG. kennt nur öffentliche Wassergenossenschaften, während die freien Genossenschaften des WGG. ganz auf bürgerlichrechtlichem Boden stehen, und das allgemeine bürgerliche Recht kennt keine Vereine, bei denen, wie bei den freien Genossenschaften, die Mitgliedschaft auf dem Eigentum an einem Grundstücke beruht. Die Anwendung jenes Satzes auf die freien Genossenschaften wird hierdurch aber nicht ausgeschlossen. Man wird sogar im Gegenteile sagen müssen: auf den Fall, daß eine Einrichtung des alten Rechtes dem neuen Rechte unbekannt ist, ist er hauptsächlich berechnet. Auch die erlaubten Privatgesellschaften des Allgemeinen Landrechts, mit denen sich die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts beschäftigt, haben im Bürgerlichen Gesetzbuche kein Seitenstück. Endlich gehört es zum Wesen der freien Genossenschaften, daß sie Rechtspersönlichkeit besitzen, also im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs rechtsfähig sind. Auch diese Seite ihres Wesens steht unter dem Schutze des hier erörterten Grundsatzes. Die Rechtspersönlichkeit kann den freien Genossenschaften nicht genommen werden, ohne sie in ihrem Wesen völlig zu verändern, wenn nicht zu zertrümmern. Sie muß ihnen daher auch nach dem Inkrafttreten des WG. verbleiben.

Bis hierher erhebt auch das LWA. gegen die Anwendung des in Rede stehenden Satzes kein Bedenken. Bei seiner weiteren Beweisführung aber übersieht der Plenarbeschluß vom 3. März 1916, daß jener Satz noch eine zweite Seite hat: die unter dem früheren Rechte entstandenen Rechtsverhältnisse bleiben nicht nur unter dem neuen Rechte in Kraft, sondern für sie gilt auch das alte, im übrigen aufgehobene Recht weiter. v. Gierke sagt[6]):

> . . . so scheint uns die Rechtsvernunft zu fordern, daß das neue Recht nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit gelte. Darum versagen wir dem neuen Rechte die rückwirkende Kraft; wir erklären es auf früher vorgenommene Handlungen und früher begründete Rechtsverhältnisse für unanwendbar.

---

[6]) v. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 185 f. Vgl. ferner Staudinger, Kommentar zum BGB., 7./8. Aufl., Bd. 6 S. 428 ff. und die dort angeführten Schriften und Entscheidungen. Von Lehrbüchern sei hier nur auf das von Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 1 § 32 IV 4, verwiesen. Vgl. endlich auch noch Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1 S. 19 ff., insbesondere S. 21.

Digitized by Google

Hiermit erkennen wir zugleich eine fortdauernde Anwendbarkeit des älteren Rechtes auf die aus seiner Herrschaftszeit in die Gegenwart hineinwirkenden Rechtsverhältnisse an.

Dieser Grundsatz hat allgemeine Gültigkeit. Das Bürgerliche Gesetzbuch — im Gegensatze zu den meisten älteren Gesetzbüchern — hat ihn zwar nicht ausdrücklich und allgemein ausgesprochen. Gleichwohl erkennen ihn Schrifttum und Rechtsprechung auch für das Bürgerliche Gesetzbuch als gültig an. In der mehrerwähnten Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 51 S. 161 heißt es: die Bestimmungen des 4. Abschnitts des Einführungsgesetzes („Übergangsbestimmungen") beruhten auf ihm, wenn sie auch zum Teil bezweckten, die Überleitung der bestehenden Rechtsverhältnisse in die durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffene neue Rechtsordnung zu beschleunigen und zu erleichtern. Dementsprechend wendet die Entscheidung auf die erlaubten Privatgesellschaften des Allgemeinen Landrechts die Vorschriften dieses Gesetzbuchs (II 6 §§ 2, 11 ff.) an, obwohl sie durch Art. 55 Einf.-Ges. z. BGB. aufgehoben sind. Auch gegenüber dem WG. muß der Grundsatz der Nichtrückwirkung, soweit es sich um bürgerlichrechtliche Verhältnisse handelt, zur Geltung kommen. Dementsprechend ist hinsichtlich der freien Genossenschaften grundsätzlich anzunehmen, daß sie trotz der förmlichen Aufhebung des WGG. nach dessen Vorschriften weiterleben. Sollten sie daher, allein auf ihre Satzungen gestellt, nicht lebensfähig sein, wäre ihnen, wie das LWA. annimmt, eine gesetzliche Stütze unentbehrlich, so würde es ihnen an einer solchen nicht fehlen; sie hätten sie in den Bestimmungen des WGG. Hieraus folgt, daß die Aufhebung des WGG. für den Fortbestand der freien Genossenschaften grundsätzlich ohne Bedeutung ist.

Indessen erleidet der Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Gesetzes Ausnahmen. Rückwirkung darf zwar nicht vermutet werden, und wo ohne die Annahme einer solchen nicht auszukommen ist, da spricht wiederum die Vermutung für ein möglichst geringes Maß von Rückwirkung[7]). Aber das Gesetz kann sich selbst, und zwar nicht nur durch eine ausdrückliche Bestimmung[8]), sondern auch stillschweigend rückwirkende Kraft in dem hier erörterten

[7]) v. Gierke a. a. O. S. 190, 194; Staudinger a. a. O. S. 431; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 42 S. 100, Bd. 43 S. 25.

[8]) Affolter, System des deutschen Übergangsrechts § 6 will nur in diesem Falle Rückwirkung zulassen.

Digitized by Google

Sinne beilegen, und es fragt sich daher, ob nicht gerade bei den freien Genossenschaften eine Ausnahme von der Nichtrückwirkung anzunehmen ist.

Ausdrücklich hat sich das WG. keine Rückwirkung beigelegt; die freien Genossenschaften werden von ihm überhaupt nicht erwähnt. — Prüft man, ob das WG. stillschweigend die freien Genossenschaften im Sinne der Rückwirkung hat beeinflussen wollen, so entsteht zunächst die Frage: was kann „Rückwirkung" hier bedeuten? Der Sinn des WG., wie er sich dem unbefangenen Blicke darstellt, ist der, daß es sich um die freien Genossenschaften überhaupt nicht kümmern will und sie ganz dem Rechte außerhalb des WG. überläßt. Das bedeutet selbstverständlich nicht Rückwirkung, sondern das Gegenteil; das Recht außerhalb des WG., nach dem die freien Genossenschaften zu leben haben, ist das aufgehobene WGG., auf dessen Boden sie begründet worden sind. Um daher zur Annahme einer Rückwirkung zu kommen, bedarf es des Nachweises, daß entweder das WG. die freien Genossenschaften hat beseitigen wollen, was nach dem oben Ausgeführten unbeweisbar ist, oder daß die freien Genossenschaften mit irgendwelchen Vorschriften oder mit dem Zwecke des WG. im Widerspruche stehen, oder daß die durch das WG. geschaffene neue Rechtsordnung in politischer, sozialer, wirtschaftlicher oder sittlicher Beziehung einen Geist atmet, mit dem sich der Fortbestand der freien Genossenschaften nicht vertragen würde[9]). Indessen auch dieser Nachweis ist nicht zu führen.

Mit dem Zwecke des WG. oder mit dem politischen, sozialen, wirtschaftlichen oder sittlichen Geiste, aus dem es geboren ist, stehen die freien Genossenschaften nicht im Widerspruche. Das WG. hat zwar die Bildung der Wassergenossenschaften ganz auf den Boden des öffentlichen Rechtes gestellt. Aber dies geschah lediglich aus dem Grunde, weil man nach den mit dem WGG. gemachten Er-

[9]) Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1 S. 21 f. Vgl. ferner v. Gierke a. a. O. S. 194; Staudinger a. a. O. S. 430, 433; Affolter, Geschichte des intertemporalen Privatrechts S. 515 ff.; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 42 S. 101, Bd. 43 S. 25. Affolter a. a. O. will Rückwirkung nur gelten lassen, wenn den Gesetzgeber bei Erlaß des neuen Gesetzes eine völlige „Umwälzung des sittlichen oder rechtlichen Gefühls geleitet", und wenn diese „sich zu einer derartigen Mißachtung der alten Rechtsordnung verdichtet hat, daß ihre Fortwirkung mit Notwendigkeit ausgeschlossen ist." Zustimmend hierzu Staudinger a. a. O.

Digitized by Google

fahrungen glaubte, ein beachtenswertes Bedürfnis zur Bildung freier, auf dem Boden des bürgerlichen Rechtes stehender Genossenschaften leugnen zu sollen. Daß die bestehenden freien Genossenschaften an sich nach irgendeiner Richtung hin schädlich, zur Erfüllung ihrer Aufgabe unfähig seien, oder daß sie dem heutigen Rechtsbewußtsein widersprächen, ist von niemand behauptet worden und kann auch von niemand behauptet werden. Jedenfalls war es nicht eine derartige Mißbilligung, die dazu führte, die Einrichtung bei der Neuordnung des Wasserrechts fallen zu lassen. Auch das LWA. führt nichts an, was aus diesem Gesichtspunkt (Unvereinbarkeit „mit Sinn und Zweck des neuen Gesetzes") gegen den Fortbestand der freien Genossenschaften spräche.

Dagegen finden sich in dem Plenarbeschlusse des LWA. Ausführungen, die darauf hinauslaufen, daß der Fortbestand der freien Genossenschaften mit einer bestimmten Vorschrift des WG., nämlich dem § 399 Nr. 11, unvereinbar sei. Ausgehend davon, daß die freien Genossenschaften ohne die Stütze des WGG. nicht fortbestehen könnten, und nach einem Hinweise darauf, daß § 399 Nr. 11 des WG. das WGG. aufhebe, bemerkt das LWA.:

> Diese Aufhebung sollte offenbar eine vollständige sein. Das WG. hat sich nicht mit der Aufstellung des allgemeinen Grundsatzes begnügt, daß die dem Wasserrecht angehörenden Vorschriften außer Kraft treten, soweit sie nicht Gegenstände betreffen, die von diesem Gesetze nicht berührt werden — Gegenstände, zu denen zweifellos nicht das Wassergenossenschaftswesen gehört, das von dem Gesetz erschöpfend geregelt ist. Es hat vielmehr im Abs. 2 des § 399 a. a. O. noch ganz bestimmte Gesetze und Teile von Gesetzen, darunter das ganze WGG., ausdrücklich als aufgehoben bezeichnet. Dies kann nicht anders verstanden werden, als daß diese Gesetze und der durch sie geschaffene Rechtszustand schlechthin und in vollem Umfange beseitigt werden sollten, soweit sie nicht etwa in den Übergangsbestimmungen ausdrücklich aufrechterhalten sind, wie z. B. im § 387 die unter Nr. 3 und 5 des § 399 Abs. 2 aufgehobenen Gesetze vom 15. November 1811 und 28. Februar 1843, und im § 388 die unter Nr. 57 a. a. O. aufgehobene Nassauische Verordnung vom 27. Juli 1858. Dafür spricht auch die Begründung des Entwurfes (S. 259), wonach es als Zweck der Bestimmung des § 399 Abs. 2 hinge-

Digitized by Google

stellt wird, die Handhabung des Gesetzes zu erleichtern und von vornherein einen festen Rechtszustand zu schaffen, der andernfalls erst durch oberstrichterliche Entscheidungen im Laufe der Zeit erreicht werden könnte. Endlich wird diese Auffassung dadurch unterstützt, daß das Gesetz alle unberührt bleibenden Vorschriften der aufgehobenen Gesetze bereits selbst als weitergeltend aussondert (vgl. § 399 Abs. 2 Nr. 1a, b, 2, 38, 39, 46, 53, 71) und bei denjenigen Gesetzen, die nicht ausschließlich wasserrechtlichen Inhalts sind, sogar ausdrücklich hervorhebt, daß sie nur aufgehoben werden, soweit sie sich auf das Wasserrecht beziehen (Nr. 1a, 2, 46, 71 a. a. O.). Es würde mit all diesem nicht im Einklange stehen, wenn man annehmen wollte, das Gesetz habe ein ganzes System vorhandener rechtsfähiger Verbände mit ihren gesetzlichen Vorschriften aus dem aufgehobenen WGG. übernommen.

Der Sinn dieser Sätze ist nicht, daß der Gesetzgeber die Beseitigung der freien Genossenschaften auf geradem Wege und unmittelbar angestrebt habe, sondern das LWA. versucht den Nachweis, daß die Beseitigung mittelbar, auf einem Umweg, erreicht sei, nämlich dadurch, daß das WG. den Genossenschaften durch eine vollständige, jede Spur vertilgende Aufhebung des WGG. das Fortleben unmöglich gemacht habe. Es kann indes nicht zugegeben werden, daß dieser Nachweis geglückt sei.

Daß die Aufhebung des WGG. der Fortgeltung seiner Vorschriften für die bestehenden freien Genossenschaften an sich nicht entgegensteht und daher für deren Fortbestand grundsätzlich bedeutungslos ist, ist bereits oben dargelegt. Es wäre freilich denkbar, daß im Lichte anderer Vorschriften des WG. der Aufhebung eine stärkere Wirkung beigemessen werden müßte. Allein die vom LWA. selbst hervorgehobenen Umstände rechtfertigen eine solche Annahme nicht. Der kurze Inhalt seiner Ausführungen läßt sich dahin zusammenfassen: Das WG. ist so peinlich genau abgefaßt und berücksichtigt alle Verhältnisse mit solcher Sorgfalt, daß es die Fortgeltung der Vorschriften des WGG. für die bestehenden freien Genossenschaften ausdrücklich angeordnet haben würde, wenn es sie gewollt hätte. Diese Auffassung nimmt sich eigentümlich aus angesichts der Tatsache, daß das WG. keine Übergangsvorschrift für die freien Genossenschaften enthält. Gerade wenn das LWA. mit seiner Ansicht, daß diese Genossenschaften aufgehoben seien, recht hätte,

Digitized by Google

wäre es ein besonders ungünstiges Zeugnis für die Sorgfalt des Gesetzgebers, daß er dies nicht ausdrücklich angeordnet hat. Es ist ferner nichts Besonderes, wenn das WG. beabsichtigt hat, „von vornherein einen festen Rechtszustand zu schaffen". Diese Absicht liegt doch wohl jedem Gesetze zu Grunde. In dem Sinne freilich, der dem LWA. vorzuschweben scheint, daß man nämlich oberstrichterliche Entscheidungen habe unnötig machen wollen, pflegt jene Absicht erfahrungsmäßig nicht erreicht zu werden[10]). Auf die vom LWA. hervorgehobenen Einzelheiten braucht hiernach nicht näher eingegangen zu werden. Es sei nur bemerkt, daß die vom LWA. angeführten „unberührt bleibenden Vorschriften der aufgehobenen Gesetze", die das WG. „selbst als weitergeltend aussondert", solche sind, die allgemein, nicht etwa bloß mit Beschränkung auf die vor dem Inkrafttreten des WG. entstandenen Rechtsverhältnisse, weitergelten sollen. Das WG. enthält allerdings auch Bestimmungen, durch die gewisse Vorschriften aufgehobener Gesetze nur für ältere Rechtsverhältnisse in Kraft gelassen werden; s. z. B. § 379. Aber so wenig das Einf.-Ges. z. BGB. mit seinen zahlreichen ähnlichen Bestimmungen es verhindert, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung auch bei anderen als den im Einführungsgesetze selbst erwähnten älteren Rechtsverhältnissen gilt, so wenig verhindert dies das WG. bei den freien Genossenschaften.

Am Ende kommt das LWA. der hier vertretenen Ansicht sogar selbst zu Hilfe, indem es den Satz, daß das WG. die Vorschriften des WGG. spurlos beseitigt habe, wieder fallen läßt. Es führt nämlich aus, daß die freien Genossenschaften mit ihrer Aufhebung in den Zustand der Liquidation getreten seien, und wendet auf die Liquidation die hierfür gegebenen Bestimmungen des WGG. an. Daß diese Auffassung mit der vorangegangenen Darlegung über den Sinn der Aufhebung des WGG. im Widerspruche steht, entgeht dem LWA. natürlich nicht. Bei ihrer Begründung befand es sich daher in einer schwierigen Lage; die für seine Auffassung sprechenden Beweisgründe hatte sich das LWA. vorher selbst aus der Hand gegeben. Was es zur Begründung anführt, sind reine Zweckmäßigkeitserwägungen: ein Verband wie die freie Genossenschaft des WGG. darf nicht zerschlagen werden, ohne daß die ihn mit dem Rechtsleben verknüpfenden Beziehungen, vor allem die Beziehun-

[10]) Vgl. übrigens Allg. LR. Einl. § 6 und dazu Dernburg, Preußisches Privatrecht, 4. Aufl., Bd. 1 S. 46.

Digitized by Google

gen zu den Gläubigern, in Ordnung abgewickelt werden. Wer an die Auslegung des Gesetzes nicht mit einem rein sprachlichen und logischen Gedankengange herantritt, wird gegen diese Art der Begründung nichts Grundsätzliches einzuwenden haben. In der Tat: stände es fest, daß die freien Genossenschaften mit dem Inkrafttreten des WG. als Körperschaften erloschen wären, so müßte ein Weg gefunden werden, um ihnen die ordnungsmäßige Abwickelung ihrer rechtlichen Beziehungen zu ermöglichen, und dieser Weg könnte nur ein Liquidationsverfahren sein. Es ist eine Schwäche der — im übrigen folgerichtiger begründeten — Entscheidung des KG., daß sie über diesen praktischen Gesichtspunkt kühl hinweggeht.

Aber wenn das LWA. seine, die Zulässigkeit des Liquidationsverfahrens rechtfertigenden Ausführungen mit dem Satze beginnt: „Auch in diesem Sinne muß die Aufhebung des WGG. richtig verstanden werden", so wird man doch fragen müssen: warum ist es kein richtiges Verstehen der Aufhebung des WGG., wenn man dessen Vorschriften zu einem ungehinderten Fortleben der freien Genossenschaften nutzbar macht? Auch hierfür sprechen Zweckmäßigkeitserwägungen, und zwar von stärkerem Gewicht als für die bloße Fortgeltung der Vorschriften über das Liquidationsverfahren. Hierauf ist schon oben hingedeutet worden. Wo eine bestehende Genossenschaft mitten aus dem Leben abgerufen wird, wie dies das LWA. für alle freien Genossenschaften annimmt, da entsteht im Rechtsleben ein leerer Raum; die Aufgaben, die bisher die Genossenschaft erfüllte, verlieren ihren Träger, die genossenschaftlichen Einrichtungen werden zweck- und nutzlos. Dieser Zustand ist entschieden weit schlimmer, als der, den das bloße Fehlen eines geordneten Liquidationsverfahrens zur Folge hat. Er wird zwar durch den Mangel eines solchen Verfahrens verschärft, aber die Zulassung der Liquidation bedeutet doch nur eine geringe Milderung; sie erleichtert der Genossenschaft das Sterben, verhindert es aber nicht. Es ist deshalb ein dringendes Bedürfnis, daß jener leere Raum ausgefüllt wird. In irgendeiner Weise muß dafür gesorgt werden, daß die genossenschaftlichen Aufgaben weiter erfüllt werden, die genossenschaftlichen Einrichtungen ihren Zwecken weiter dienstbar bleiben.

Die bürgerlichrechtliche Gesellschaft oder der Verein ohne Rechtsfähigkeit, wozu eine Meinung die ihrer Rechtspersönlichkeit beraubte freie Genossenschaft herabsinken läßt, ist kein auch nur

Digitized by Google

annähernd zulänglicher Ersatz für diese. Die Gesellschaft oder der Verein ohne Rechtsfähigkeit kann schon deshalb als Ersatz nicht in Betracht kommen, weil bei der freien Genossenschaft ihrem Zwecke entsprechend die Mitgliedschaft an das Eigentum an bestimmten Grundstücken gebunden ist, während jene Personenvereinigungen nicht eine dingliche, sondern nur eine persönliche Mitgliedschaft zulassen. Bei dem Standpunkte, den das LWA. einnimmt, ist auf dem Wege Rechtens überhaupt kein Ersatz zu finden. Hier gibt es nur eine Rettung: Benutzung der Liquidation zur Umwandlung der freien Genossenschaft in eine öffentlichrechtliche Genossenschaft des WG. Diesen Weg empfiehlt auch der Landwirtschaftsminister, der sich ebenfalls auf den Standpunkt stellt, daß das WG. die freien Genossenschaften beseitigt habe (Nr. 2 der Ausf.-Anweis. V vom 24. April 1914, Landwirtschaftliches Ministerial-Blatt S. 174). Ein unmittelbarer Zwang zu einer solchen Umwandlung kann aber nicht ausgeübt werden, ihr Gelingen hängt mithin von dem Eifer der Behörden und dem guten Willen der Beteiligten ab. Mißlingt sie, so ist der Schade, der sich an den Fortfall der Genossenschaft knüpft, unwiderbringlich.

Hiernach wird man nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus praktischen Gründen zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß die freien Genossenschaften des WGG. auch unter der Herrschaft des WG. als selbständige Rechtspersönlichkeiten bestehen geblieben sind und nach den Vorschriften des WGG. und ihren Satzungen weiter leben.

Zum Schlusse ist noch kurz eine Frage zu berühren, die sich an den Beschluß des KG. vom 20. April 1916 knüpft. Es ist damit zu rechnen, daß infolge der Entscheidung des KG. nicht nur die davon unmittelbar betroffene Genossenschaft, sondern auch die übrigen freien Genossenschaften in den Wassergenossenschaftsregistern (§ 13 des WGG.) gelöscht sind. Es entsteht daher die Frage, welche Bedeutung diese Löschung hat. Nach § 16 WGG. erlangt die freie Genossenschaft „die ihr nach diesem Gesetze zustehenden Rechte" erst mit der Eintragung in das Register. Erst hiermit wird sie rechtsfähig, erlangt sie Rechtspersönlichkeit. Die Eintragung hat also eine ähnliche Bedeutung wie bei der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (§ 13 Genoss.-Ges. v. 1. Mai 1889); sie ist eine rechtbegründende Handlung. Daraus folgt aber nicht das Gleiche auch für die Löschung. Diese ist sowohl nach

Digitized by Google

dem Genossenschaftsgesetze vom 1. Mai 1889 wie nach dem WGG. lediglich Folge der Auflösung (§ 82 Genoss.-Ges., § 32 WGG.), nicht eine die Auflösung begründende Tatsache. Keines der beiden Gesetze führt die Löschung als Auflösungsgrund an; hätte sie als solcher anerkannt werden sollen, so wäre es unumgänglich gewesen, dies ausdrücklich zu sagen. Ein Schluß von der rechtbegründenden Bedeutung der Eintragung auf eine gleiche Bedeutung der Löschung ist unzulässig. Die Errichtung einer neuen Genossenschaft ist etwas Anderes als die Auflösung einer bereits bestehenden, die — wie schon oben bemerkt wurde — durch tausend Fäden mit dem Rechtsleben verknüpft ist. Zudem genügt auch zur Entstehung nicht die bloße Eintragung in das Genossenschaftsregister, es muß vielmehr die schriftliche Errichtung einer Satzung (§ 5 Genoss.-Ges.) oder der gerichtliche oder notarielle Abschluß eines Vertrags (§ 11 WGG.) hinzukommen. Demgemäß könnte eine „entsprechende" Anwendung der Vorschriften über die Errichtung nur zu dem Schlusse führen, daß außer der Löschung im Register auch noch einer der gesetzlichen Auflösungsgründe vorliegen müsse. Ohne einen solchen bleibt die Löschung also unter allen Umständen ohne Einfluß auf den Bestand der Genossenschaft.

Digitized by Google

XII.

Ersatzansprüche Dritter gegen den Armenverband aus auftragloser Geschäftsführung, die Verjährung der Ersatzansprüche der Armenverbände gegen Dritte und Ersatzansprüche gegen leibgedingepflichtige Hofbesitzer.

Von Herrn Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg i. Br.

Oft nehmen bei plötzlichen Unglücksfällen Mittellose die Hilfe der Krankenhäuser, Ärzte, Apotheker und selbst anderer Gewerbetreibender unmittelbar in Anspruch, ohne daß ein Einschreiten des Armenverbandes oder der sonst zur Armenpflege berufenen Behörden — in Preußen der Amtsvorsteher oder der Landrat — stattgefunden hat. Die Zurückweisung derartiger unmittelbar von den mittellosen Verunglückten gestellten Gesuche ist namentlich bei vorhandener Lebensgefahr nicht gut bis zum Einschreiten des Armenverbandes oder der armenrechtlichen Aufsichtsbehörden tunlich, zumal wenn man die Verhältnisse auf dem platten Lande in den räumlich weit ausgedehnten Amtsbezirken und Landratskreisen der östlichen Provinzen des Preußischen Staates ins Auge faßt. Dauert diese dem Mittellosen ohne das Eintreten des Armenverbandes gewährte Unterstützung eine gewisse längere Zeit, so ist das Krankenhaus, der Arzt usw. zuweilen noch in der Lage, durch Angehung der Aufsichtsbehörden ein nachträgliches Einschreiten des Armenverbandes vor Beendigung der dem Mittellosen gewährten Unterstützung zu erwirken. Gelingt dies aber nicht, insbesondere wenn der Mittellose alsbald nach begonnener Unterstützung stirbt, so muß das Krankenhaus oder wer sonst die Unterstützung besorgt hat, seinen Anspruch

Digitized by Google

im Rechtswege gegen den Armenverband geltend machen. In dieser Beziehung bestand bis vor etwa zwanzig Jahren wenigstens in Preußen ein Zustand, der geradezu an Rechtsverweigerung grenzte. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts war nämlich die Zulassung des Rechtswegs bedingt durch eine vorhergehende Entscheidung der Verwaltungsbehörde darüber, ob „Hilfsbedürftigkeit" im armenrechtlichen Sinne (d. h. ein derartiger Zustand von Mittellosigkeit, durch den die öffentliche Ordnung berührt wird) vorgelegen habe, und in welcher Weise die hierdurch bedingte „Unterstützung" zu gewähren gewesen sei. Andererseits hielten aber die Verwaltungsbehörden sich zu einer solchen nachträglichen Feststellung früher vorhanden gewesener Hilfsbedürftigkeit nicht für zuständig[1]). So bestand ein höchst unerfreulicher Rechtszustand, der erst durch den Plenarbeschluß des Reichsgerichts vom 27. April 1898 (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 41 S. 267) beseitigt wurde; das Reichsgericht entschied hier, daß der ordentliche Rechtsweg auch ohne Vorentscheidung einer Verwaltungsbehörde zulässig sei[2]), wobei es jedoch die Frage unentschieden ließ, ob das angerufene ordentliche Gericht seinerseits auch über die öffentlichrechtliche Frage der Unterstützungspflicht zu entscheiden berufen sei. Für die Verneinung dieser Frage wurde geltend gemacht, eine nachträgliche Feststellung der „Hilfsbedürftigkeit" in dem oben gedachten armenrechtlichen Sinne sei ausgeschlossen, da ein öffentliches Interesse daran nicht mehr in Frage komme. Indes wird die Frage in Rechtsprechung und Rechtslehre allgemein bejaht; denn ist der Rechtsweg zulässig, so muß das ordentliche Gericht notwendig über sämtliche Fragen befinden, deren Beantwortung erforderlich ist, um in der Sache selbst entscheiden zu können, mag auch bei der Beantwortung öffentliches Recht anzuwenden sein (Entscheidung des Kammergerichts in Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1903 S. 370; Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm in Rechtsprechung Bd. 20 S. 80).

Ist sonach der Rechtsweg zulässig und das ordentliche Gericht auch zuständig, über die Frage zu entscheiden, ob zur Zeit der vom Kläger gewährten Unterstützung Hilfsbedürftigkeit im armenrechtlichen Sinne vorlag, so entsteht die Frage, auf welchem materiellen

[1]) Vgl. Josef in der Juristischen Wochenschrift 1896 S. 594.

[2]) Die entgegengesetzten Ausführungen von Eger, Unterstützungswohnsitzgesetz Anm. D zu § 61 sind nicht überzeugend.

Digitized by Google

Rechtsgrunde des Zivilrechts der Erstattungsanspruch des Klägers gestützt werden kann. Hier liegt ohne weiteres nahe die Geschäftsführung ohne Auftrag, § 677 ff. BGB. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf unseren Fall bestreitet Hartmann im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 35 S. 613 mit der Begründung: Die Armenverwaltung sei nicht nur in ihrem Verhältnisse zum Armen (Unterstützungsempfänger), sondern als öffentliche Verwaltung überhaupt nicht dem Zivilrecht unterworfen. Da Armenverbände öffentliche Verwaltung führen, so unterlägen sie dem Zivilrecht ebensowenig wie der Staat, sofern er nicht als Privatunternehmer, sondern obrigkeitlich, herrschaftlich auftritt. Als Träger obrigkeitlicher Gewalt erscheine der Staat aber nicht nur dann, wenn er Befehls- oder Zwangsgewalt ausübt, sondern auch dann, wenn er gesetzlicher Verpflichtung gemäß den Staatsbürgern Schutz und Fürsorge angedeihen läßt. Trete der Staat dem Untertan nicht als gleichberechtigte Partei, sondern als potentior persona gegenüber, so sei das Zivilrecht, das von der Gleichordnung der Parteien ausgeht und auf die Ausgleichung gleichberechtigter Einzelinteressen zugeschnitten sei, nicht anwendbar. Wenn Jemand, der einen Hilfsbedürftigen unterstützt, hierbei als Geschäftsführer der Armenbehörde auftreten würde, so wäre dies eine Anmaßung. Das für die Ausgestaltung der Rechtseinrichtungen des Zivilrechts maßgeblich gewesene „Grundverhältnis der Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte" sei nicht gegeben, wenn es sich um Rechtsbeziehungen zwischen dem Einzelnen und der übergeordneten öffentlichen Gewalt handelt.

Diese Ansicht Hartmanns steht im Widerspruche mit der Rechtsprechung und, wie Hartmann selbst anführt, auch mit der übereinstimmenden Ansicht der angesehensten Lehrer des Verwaltungsrechts. Sie ist in der Tat nicht zu billigen. Der Ausgangspunkt von Hartmann ist, daß für die Gestaltung der Rechtseinrichtungen des Zivilrechts maßgebend sei das Grundverhältnis der Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte; das Zivilrecht sei zugeschnitten auf Ausgleichung gleichberechtigter Einzelinteressen. Ein solcher Rechtssatz ist aber nirgends ausgesprochen. Kein Zweifel besteht, daß, wie bei Verträgen, so auch beim Vorliegen gesetzlicher Verpflichtungsgründe juristische Personen des öffentlichen Rechtes den privaten durchaus gleichstehen. Wenn ich neben einem Armenverbande Miterbe bin, oder wenn meine Sachen ohne rechtlichen Grund in den Besitz des Armenverbandes gelangt und von diesem

Digitized by Google

verbraucht sind, oder wenn mein Eigentum durch Verschulden der Armenverwaltung verletzt ist, so steht mir der Anspruch auf Auseinandersetzung (§ 2042) oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) oder auf Schadensersatz (§§ 823, 31 BGB.) ebenso zu, wie wenn mir ein Privater gegenüberstände. Wenn ein Privater — um hier bei den von Hartmann gewählten Beispielen zu bleiben — aus eigenem Antrieb einen Verbrecher auf frischer Tat verfolgt und festnimmt, oder aus einem brennenden Hause Menschen oder Sachen rettet, so erlangt er dadurch allerdings keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen gegen die Polizei- oder Justizverwaltung oder gegen diejenige öffentliche Verwaltung, der das Feuerlöschwesen unterstellt ist; ein Rechtsgrund hierfür wäre in der Tat nicht abzusehen. Wenn dagegen das Krankenhaus, der Arzt, der Apotheker oder sonst Jemand an einen Dritten (den Hilfsbedürftigen) Leistungen bewirkt, die an sich dem Armenverband obliegen, so liegt unter den in § 677 angegebenen Voraussetzungen der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Es ist nicht abzusehen, weshalb diese Vorschriften deshalb unanwendbar sein sollten, weil das für den Geschäftsherrn ausgeführte Geschäft oder die ihm ersparte Leistung dem öffentlichen Rechtsgebiet angehört. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. 1 S. 1 lehnen eine Abgrenzung des bürgerlichen Rechtes gegenüber dem öffentlichen Rechte ab; sie bemerken: Das Privatrecht und das öffentliche Recht haben zahlreiche, mannigfach geartete Berührungspunkte; gewisse Verhältnisse seien gemischter Natur, andere hätten verschiedene Seiten, vermöge deren das Verhältnis teils dem einen, teils dem anderen Rechtsteil angehöre. Das Grenzgebiet sei nur durch eine genaue Prüfung der einzelnen in Betracht kommenden Rechtsstoffe zu ermitteln. — Es führt zu einer schiefen Beurteilung, wenn Hartmann sagt: es sei eine Anmaßung, wenn der Arzt, der Apotheker, das Krankenhaus „sich als Geschäftsführer der Armenbehörde geriert"; denn diese Privaten handeln in dem berechtigten oder auch unberechtigten Glauben, behufs Beseitigung von Hilfsbedürftigkeit sei ein Einschreiten für den Armen geboten, und dieses ihr Tun werde vom Armenverbande genehmigt werden. Die Ansicht von Hartmann würde dahin führen, daß die Leistung eines Privaten, durch die dem Gegenbeteiligten eine zweifellos notwendige Ausgabe erspart wird, nur deshalb ersatzlos bleibt, weil der Gegenbeteiligte ein Armenverband ist. Das wider-

Digitized by Google

spricht dem Rechtsgefühle. Demgemäß ist in der Rechtsprechung die Frage der Haftbarkeit von Armenverbänden aus auftragloser Geschäftsführung mehrfach bejaht, so in den Fällen, wo ein Arzt sein Honorar einklagte, weil er in dringenden Fällen mehreren im Bezirke des beklagten Vereins wohnenden Hilfsbedürftigen ärztlichen Beistand geleistet hatte (Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle, Rechtsprechung Bd. 12 S. 272), und wo ein Kinderschutzverein in dem ihm gehörigen Krankenhaus einen hilfsbedürftigen Knaben aufgenommen hatte, nachdem er wiederholt den Armenverband vergeblich zum Einschreiten aufgefordert hatte (Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt, Rechtsprechung Bd. 28 S. 205)[3]).

Zuzugeben aber ist Hartmann, daß die in diesen Entscheidungen angegebenen Gründe (ebenso wie die Ausführungen von Brons im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 36 S. 506) Zweifel hervorrufen und daher einer Ergänzung bedürfen.

Voraussetzung des Anspruchs des Geschäftsführers ist nach § 683, daß die Geschäftführung entspricht a) dem Interesse des

[3]) Daß die Vorschriften über auftragloſe Geſchäftsführung auch auf das öffentliche Rechtsgebiet Anwendung finden, ist in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt. Wenn z. B. der preußische Justizfiskus auf Grund der Justiz-Ministerial-Verordnung vom 28. Februar 1916 vorschußweise Zahlungen an Angehörige gefallener oder vermißter Lohnempfänger auf die Militärhinterbliebenenbezüge zahlt, so zahlt er für Rechnung des Reichs; es liegt hier ein Fall der auftragloſen Geſchäftsführung auf öffentlichrechtlichem Gebiete vor. Hachenburg in Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 16 S. 140. — Als eine öffentlichrechtliche negotiorum gestio behandeln die Gesetzgebung und die Praxis den Fall, wo ein Mitglied eines öffentlichen Verbandes eine dem Verbandszwecke dienende Leistung vornimmt, zu der ein anderes Glied nach öffentlichem Rechte verbunden wäre, sowie den Fall, wenn ein öffentlicher Verband ohne rechtliche Verpflichtung einen öffentlichen Zwecken dienenden Aufwand bestreitet, dessen Leistung einem andern öffentlichen Verband obgelegen hätte. Das Reichsgericht wendet die Grundsätze der privatrechtlichen Geschäftsführung ohne weiteres und unverändert auf solche Fälle an, wo es sich um die Regelung der Kostenerstattungspflicht zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes handelt. Unter diesem Gesichtspunkte hat das Reichsgericht (Bd. 77 S. 194) z. B. einen Streit zwischen dem preußischen Fiskus und der Stadtgemeinde Stettin über die Verteilung der für die Einrichtung und Unterhaltung einer von den Parteien im orts- und landespolizeilichen Interesse gemeinschaftlich errichteten Cholerastation aufgewendeten Kosten behandelt sowie ferner (Bd. 75 S. 276) einen Streit zwischen einer Stadtgemeinde und einem Provinzialverband über den Ersatz von Kosten, die nach Eintritt der Rechtskraft des eine Fürsorgeerziehung anordnenden Beschlusses durch Unterhalt des Fürsorgezöglinges erwachsen waren.

Digitized by Google

Geschäftsherrn und b) seinem Willen, welcher letztere indes in unserem Falle nicht in Betracht kommt, weil ohne die Geschäftsführung eine Pflicht der im § 679 bezeichneten Art nicht erfüllt worden wäre. Denn die Beseitigung der Hilfsbedürftigkeit liegt im öffentlichen Interesse; auch ist die Pflicht des Armenverbandes (mit Brons a. a. O.) als eine Unterhaltungspflicht im Sinne des § 679 zu bezeichnen. Über das Verhältnis dieser beiden Voraussetzungen zu a) und b) äußert sich der Reichsgerichts-Kommentar Anm. 2 zu § 679 dahin:

> Das öffentliche Interesse der Geschäftsführung ersetzt den Willen, nicht aber auch das private Interesse des Geschäftsherrn, das durch § 679 nicht berührt wird. Letzteres kommt zur Geltung, wenn der Geschäftsführer nach § 683 Ersatz seiner Aufwendungen vom Geschäftsherrn verlangen will, es wird aber in der Regel als mit dem öffentlichen Interesse übereinstimmend von vornherein anzusehen sein.

Über dies private Interesse bemerken die Protokolle Bd. 2 S. 733:

> Es kann hinsichtlich der Ersatzansprüche des Geschäftsführers nur darauf ankommen, ob die Übernahme der Geschäftsführung unter Berücksichtigung der besonderen Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dem Interesse desselben entsprochen habe, ob also anzunehmen sei, daß der Geschäftsherr, wenn er hätte gefragt werden können, das Unternehmen des Geschäftsführers mit der allgemeinen Anweisung genehmigt haben würde, bei der Ausführung des Unternehmens nach pflichtmäßigem Ermessen zu verfahren.

Bei dieser Bemerkung der Protokolle könnte man nun sagen: dem Interesse des Armenverbandes wäre besser gedient, wenn der Private gar nicht Aufwendungen gemacht hätte, oder wenn er sie wenigstens nicht auf Kosten des Armenverbandes gemacht hätte; und dieser hätte daher, wenn er vom Dritten gefragt worden wäre, keinesfalls genehmigt, daß der Dritte zu Lasten des Armenverbandes die Unterstützung bewirke. So v. Tuhr in Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 14 S. 337 für einen ähnlichen Fall. Einer solchen Ansicht ist indes zu widersprechen. Der § 683 stellt es ab a) auf den Willen des Geschäftsherrn, also auf ein subjektives Moment; b) auf das Interesse, das ist im Gegensatze zum Willen auf ein objektives

Digitized by Google

Moment. Jene Äußerung der Protokolle will also sagen: das Gericht hat davon auszugehen, daß die Unterstützung des Hilfsbedürftigen unter allen Umständen zu bewirken ist, und daß sie dem Armenverband obliegt; von dieser Grundlage aus hat das Gericht dann zu prüfen, ob der Armenverband, wenn er diesen Standpunkt auch seinerseits eingenommen hätte, die Unterstützung des Hilfsbedürftigen durch den Privaten genehmigt hätte, mit der allgemeinen Anweisung an den Dritten, sie pflichtmäßig zu bewirken, also z. B. so lange, bis der Hilfsbedürftige in das Krankenhaus des Armenverbandes überführt werden kann, seinen Unterhalt möglichst billig zu besorgen oder auch die Unterstützung sofort abzubrechen und sie dem Armenverbande zu überlassen.

Die hier vertretene Ansicht hat auch nicht, wie Eger a. a. O. annimmt, die Gefahr im Gefolge, daß die Armenverbände in unbegründeter Weise den Ersatzansprüchen Dritter ausgesetzt werden könnten. Man setze den Fall: in einer Gemeinde besteht die Einrichtung, daß unerwachsene Kinder als sogenannte Kostkinder zu ganz bestimmten Sätzen in Pflege gegeben werden; nun läßt eine uneheliche Mutter ihr Kind im Stiche, und ich nehme es an mich und verpflege es. Nach längerer Zeit verlange ich sodann vom Armenverband als Ersatz denjenigen Betrag, den er jedem anderen hätte zahlen müssen, wenn er ihm das Kind zur Verpflegung gegeben hätte. Dieser mein Anspruch ist unbegründet. Allerdings entspricht die von mir dem Kinde gewährte Verpflegung dem Interesse des Armenverbandes, da dieser ja unterstützungspflichtig ist, aber die andere in § 683 bestimmte Voraussetzung fehlt, daß nämlich die Verpflegung dem Willen des Armenverbandes entspricht. Denn es widerspricht doch dem wirklichen und von jedermann zu vermutenden Willen des Armenverbandes, daß eine beliebige Privatperson Verrichtungen vornimmt, die dem Armenverbande nach öffentlichem Rechte obliegen; der Armenverband wäre hiermit der widerrechtlichen Aufdrängung und Einmischung ungezählter Privatpersonen in seine inneren Angelegenheiten ausgesetzt. Der Mangel des Willens wird hier auch nicht gemäß § 683 Satz 2 ersetzt, da die Voraussetzungen des § 679 nicht vorliegen. Denn ich hätte ja, statt das Kind in eigene Pflege zu übernehmen, den Armenverband auf die Notwendigkeit des Eingreifens hinweisen können; dann wäre die diesem obliegende Sorgepflicht für das verlassene Kind noch rechtzeitig und jedenfalls ohne nennenswerte

Digitized by Google

Verzögerung erfolgt. Ganz unbegründet sind sonach Ansprüche, wie der in Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3 S. 270 entschiedene, wo der Kläger behauptete, einen vermögens- und erwerbslosen Geisteskranken über fünf Jahre vollständig unterhalten zu haben, und nach dessen Tode sich an den beklagten Armenverband hielt, obwohl er an diesen bei Lebzeiten des Geisteskranken niemals Ansprüche erhoben hatte.

In Fällen der vorgedachten Art, wo es dem Willen des Armenverbandes widerspricht, daß ein Dritter den Hilfsbedürftigen unterstütze, kann der Dritte den Anspruch auch nicht etwa aus dem Rechtsgrund ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen. Allerdings bestimmt § 684 Satz 1:

> Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben.

Nun kann aber der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung im Sinne des § 812 auch dadurch gegeben sein, daß jemandem eine Ausgabe erspart wird, und hieraus könnte man folgern wollen, daß auch, wo die Voraussetzungen der auftraglosen Geschäftsführung nicht vorliegen, der Erstattungsanspruch des fremden Leistenden gegen den befreiten Armenverband aus dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung begründet ist. Und in der Tat ist der Schluß naheliegend, daß nach § 818 Abs. 2 der durch die Leistung des Dritten befreite Schuldner (Armenverband) verpflichtet ist, jenem den verauslagten Betrag zu erstatten. Auch ist die Ersatzpflicht des befreiten Schuldners aus dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung zweifellos dann begründet, wenn der Zahlende in dem irrigen Glauben gehandelt hat, er sei dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 60 S. 29; Dernburg Bd. 2, § 375 unter II, 2). Anders liegt die Sache aber, wenn jemand wissentlich eine fremde Schuld bezahlt, ohne daß er Anlaß hat zu der Annahme, daß er hiermit dem Willen des Schuldners entspreche. Ein solches Tun ist eine unbefugte Einmischung in die Geschäfte des Schuldners, ein schuldhaftes Verhalten, das den unbefugt Zahlenden, selbst wenn das Gesetz die Vorschrift des § 678 nicht hätte, zum Schadensersatze gegenüber dem befreiten Schuldner verpflichtet, das

Digitized by Google

heißt nach § 249 zur Wiederherstellung des Zustandes vor der unbefugten Zahlung (Motive Bd. 2 S. 867), also zur Widerherstellung des Gläubigerrechts dessen, den er unbefugt befriedigt hat. Ist dies aber der Fall, ist also der unbefugt Zahlende dem befreiten Schuldner gegenüber sogar verpflichtet, das beseitigte Schuldverhältnis wieder herzustellen, so kann seine unbefugte Leistung ihm unmöglich Rechte, insbesondere einen Erstattungsanspruch gegen den befreiten Schuldner (Armenverband) erzeugen. Soweit also die wissentliche Leistung fremder Schulden sich nicht als eine den Schuldner verpflichtende Geschäftsführung darstellt, ist ein Erstattungsanspruch gegen den befreiten Schuldner überhaupt nicht begründet[4]). Danach werden solche Ansprüche Dritter gegen Armenverbände nur in ganz ausnahmsweise gearteten Fällen vorkommen; z. B. ein Arzt wird zu einem Verunglückten gerufen und hat sofort Anlaß zu der Annahme, daß hier Hilfsbedürftigkeit im armenrechtlichen Sinne vorliege; zur Vermeidung schlimmer Nachteile für den Verunglückten ist aber schleuniges Eingreifen notwendig, so daß die Unterstützungspflicht des Armenverbandes, wenn er diesem auch sofort von der Sachlage Kenntnis geben würde, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde (§ 679). Die sonach von dem Arzte aufgewandte Tätigkeit entspricht also dem Interesse des Armenverbandes, da dieser unterstützungspflichtig ist, nicht aber dessen Willen, da der Armenverband zumeist einen fest besoldeten Armenarzt hat. Dennoch ist nach § 683 Satz 2 der Verband zahlungspflichtig; der Arzt hat hier gehandelt „für Rechnung wen es angeht" (Celle und Frankfurt a. a. O.). Der Arzt hat aber sofort die Sachlage dem Armenverband anzuzeigen und seine Tätigkeit auf das unumgänglich Notwendige zu beschränken; § 681. Das Gleiche gilt von den Leistungen der Apotheker und der Krankenhäuser, aber auch sonstiger Privatpersonen. Erwähnt sei hier ein in der Praxis vorgekommener Fall: Ein Handwerksgeselle verunglückte auf offener Landstraße vor einem bäuerlichen Gehöfte, das weit entfernt von der Dorflage ausgebaut war. Der Bauer nahm den Verunglückten auf und

[4]) Vgl. Josef in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 224. — Wenn dagegen der Vater die Ausheilung des von einem Dritten körperlich verletzten Kindes besorgt, so steht ihm, da er gegenüber dem Kinde unterhaltspflichtig ist, gegen den Dritten der Ersatzanspruch auch aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung zu (Entscheidung des Reichsgericht in Juristische Wochenschrift von 1915 S. 328).

Digitized by Google

verpflegte ihn; die herrschenden Schneestürme machten aber für mehrere Tage jede Verbindung zwischen dem Abbaugrundstück und dem Armenverband unmöglich. Als sodann der Bauer dem Vorstande des Verbandes von dem Unterstützungsfalle Mitteilung machte, vergingen wieder mehrere Tage, bis der Armenverband den Verunglückten in das Krankenhaus überführen konnte. So hatte der Bauer den Hilfsbedürftigen eine volle Woche verpflegen müssen. Auch hier ergibt sich die gleiche Beurteilung wie in dem Falle des Arztes: die Verpflegung entsprach dem Interesse des Verbandes, da dieser unterstützungspflichtig war; ob sie seinem Willen entsprach, ist nach § 683 Satz 2 gleichgiltig. — Ein anderer Fall: Auf Anordnung des Amtsvorstehers erfolgte die schleunige Überführung eines verunglückten Arbeiters in das Krankenhaus der Nachbarstadt; nun wäre es Sache des Amtsvorstehers gewesen, sofort den Armenverband zur Übernahme der Krankenhausbehandlung anzuhalten; der Amtsvorsteher übersah dies indes. Nach erfolgter Heilung verlangte das Krankenhaus die Heilungskosten vom Armenverbande; dieser lehnte sie ab, weil er ja tatsächlich mit dem Krankenhause gar nicht in eine rechtliche Verbindung getreten war. Das Krankenhaus verlangte und erhielt die Kosten darauf vom Amtsvorsteher, der die Ausheilung angeordnet hatte. Auch hier ist der Armenverband erstattungspflichtig; er ist unterstützungspflichtig, und seinem Interesse entsprach daher die Unterbringung des Verunglückten im Krankenhaus; ob sie auch seinem Willen entsprach, ist gleichgiltig, da, wenn der Amtsvorsteher zunächst den Armenverband zur Unterstützung, also zur Unterbringung des Verunglückten im Krankenhaus angehalten hätte, dieses Einschreiten nicht rechtzeitig erfolgt, die Unterhaltspflicht also nicht rechtzeitig erfüllt wäre. Zwar hatte der Amtvorsteher — der in solchem Falle nur jedem dritten Privaten gleichsteht — wie erwähnt, die ihm obliegende Anzeige an den Verband (§ 681) unterlassen, und insoweit war er schadensersatzpflichtig gegenüber dem Verbande (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 63 S. 284); doch war ein solcher Schade tatsächlich nicht entstanden.

Die Erstattbarkeit von Aufwendungen in Fällen dieser Art ist ein Gebot der Billigkeit, und daher bestimmen auch mehrfach die Landesgesetze (so von Baden, Oldenburg, Württemberg), daß dritte Personen, die ohne rechtliche Verpflichtung einem Hilfsbedürftigen die dringend notwendige Hilfe leisten, einen im Verwaltungswege

Digitized by Google

geltend zu machenden Anspruch auf Ersatz des durch die Umstände gebotenen Aufwandes aus Mitteln der öffentlichen Armenpflege gegen den zunächst verpflichteten Armenverband haben, sofern dieser von der Hilfeleistung in Kürze in Kenntnis gesetzt worden ist. Und auch für die Staaten, in denen solche Vorschriften nicht gelten, (z. B. für Preußen) hat das Bundesamt für Heimatwesen (Entscheidungen Bd. 41 S. 52, 85, Bd. 45 S. 130) anerkannt, daß die in Fällen dringender Not von Apothekern, Ärzten und Krankenanstalten gemachten Aufwendungen von dem endgültig verpflichteten Armenverbande zurückverlangt werden können, wenn die gewährte Hilfeleistung dem vorläufig verpflichteten Armenverband alsbald angezeigt und von ihm nachträglich (ausdrücklich oder stillschweigend) genehmigt worden ist. Die Unterstützungspflicht des Armenverbandes entsteht hier mit dem Augenblicke, wo er von dem Anspruche des Dritten Kenntnis erhält, oder wo er ihn genehmigt; die hiergegen erhobenen Bedenken von Hartmann a. a. O. sind nicht überzeugend.

Es fragt sich schließlich, in welcher Zeit der so ausnahmsweise dem Dritten gegen den Armenverband zustehende Anspruch verjährt? Diese Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Ist (wie in dem oben erwähnten Falle des Bauern, der den auf der Landstraße verunglückten Hilfsbedürftigen aufnimmt) die Unterstützung dadurch erfolgt, daß der Kläger den Hilfsbedürftigen zur Verpflegung aufnimmt, dann liegt der Tatbestand des § 196 Ziff. 11, 12 genau ebenso vor, wie wenn zwischen dem Kläger (Verpfleger) und dem Unterstützten ein Verpflegungsvertrag geschlossen wäre und jener den Anspruch auf Vergütung gegen den Verpflegten selbst erheben würde. Folglich verjährt der Anspruch des Verpflegers gegen den Armenverband in zwei Jahren. Denn die in den §§ 196, 197 BGB. bezeichneten Ansprüche unterliegen nach dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes der kurzen Verjährung nicht bloß, wenn sie gegen den Empfänger der Leistung (den Vertragsgenossen des Gläubigers), sondern auch wenn sie geltend gemacht werden gegen einen Dritten, der dem Gläubiger (Leistenden) aus dem Gesichtspunkt auftragloser Geschäftsführung oder der Bereicherung zur Vergütung verpflichtet ist. Ist die Unterstützung nicht durch Aufnahme zur Verpflegung, sondern durch Hingabe von Geld, Kleidern, Lebensmitteln erfolgt, so liegt allerdings der Tatbestand der Ziff. 11, 12 nicht vor, und der Anspruch des

Digitized by Google

Unterstützenden gegen den Armenverband unterliegt nicht der kurzen, sondern der gewöhnlichen Verjährung. Ist indes der Unterstützende Kaufmann, Gastwirt, Arzt, und stellt die Unterstützung sich dar als Leistung der in Ziff. 1, 4, 14 bezeichneten Art, dann werden wieder Ansprüche für „Lieferung von Waren", „für Gewährung von Wohnung und Beköstigung", „für (ärztliche) Dienstleistungen" erhoben, und der Erstattungsanspruch unterliegt der kurzen Verjährung.

Danach kann je nach der Art und Weise der erfolgten Unterstützung die Verjährungsfrist eine ganz verschiedene sein, dies sogar betreffs der einzelnen Teile der zu einem einheitlichen wirtschaftlichen Zwecke erfolgten Leistung. Daraus kann man nicht irgend etwas gegen die hier vertretene Ansicht folgern; denn Zufälligkeiten dieser Art, also die Beschaffenheit der erfolgten Leistung und die gewerbliche Stellung des Leistenden, sind auch bei Vertragsverhältnissen für die Verjährungsfrist entscheidend[5]).

Das Ergebnis dieser Untersuchung zu I ist hiernach:

Ist ein Armer hilfsbedürftig im armenrechtlichen Sinne und wird ihm die erforderliche Unterstützung gewährt von einem Dritten, so erlischt insoweit der Anspruch des Hilfsbedürftigen gegen den Armenverband. Die Handlung des Dritten entspricht also dem Interesse des Armenverbandes (§ 683 Satz 1), d. h. objektiv seinem Vorteile. Ein Erstattungsanspruch steht aber dem Dritten gegen den Armenverband dennoch nicht zu, da die Handlung des Dritten nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Armenverbandes entspricht. Denn diesem widerspricht es offenbar, wenn ein Dritter Verrichtungen vornimmt, die nach öffentlichem Rechte dem Armenverband obliegen; ein Dritter, der durch willkürliche Unterstützung Hilfsbedürftiger sich in die Angelegenheiten des Armenverbandes einmischt, handelt widerrechtlich und erwirbt folglich gegen den Armenverband keinen Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung. Eine Ausnahme gilt nach § 683 Satz 2 nur, wenn die Unterstützungsbedürftigkeit so sehr hervortritt, daß deren Beseitigung durch den Armenverband nicht mehr rechtzeitig erfolgt wäre (§ 679). In solchem Falle ist der Erstattungsanspruch des Dritten begründet; er hat indes nach

[5]) Vgl. Josef in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 223.

Digitized by Google

§ 681 dem Armenverbande die Sachlage sofort anzuzeigen und sein Eingreifen auf das unumgänglich Notwendige zu beschränken.

II.

Das Unterstützungswohnsitzgesetz vom 6. Juni 1870 (neue Fassung vom 30. Mai 1908) erhielt durch das Gesetz vom 12. März 1894 eine Ergänzung dahin, daß in das Gesetz als neuer § 30a folgende Bestimmung aufgenommen wurde:

> Erstattungs- und Ersatzansprüche, welche auf Grund dieses Gesetzes erhoben werden, verjähren in zwei Jahren vom Ablaufe desjenigen Jahres ab, in welchem der Anspruch entstanden ist.

Nur bestimmt weiter der § 62 UWG.:

> Jeder Armenverband, welcher nach Vorschrift dieses Gesetzes einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, ist befugt, Ersatz derjenigen Leistungen, zu deren Gewährung ein Dritter aus anderen als den durch dieses Gesetz begründeten Titeln verpflichtet ist, von dem Verpflichteten in demselben Maße und unter denselben Voraussetzungen zu fordern, als dem Unterstützten auf jene Leistungen ein Recht zusteht.

Ob die Ersatzansprüche der Armenverbände gegen dritte Personen, die auf Grund anderer Titel zur Unterstützung hilfsbedürftiger Personen verpflichtet sind, also vor allem gegen die nach §§ 1601 BGB. alimentationspflichtigen Verwandten, gleichfalls der Verjährungsfrist des § 30a UWG. unterliegen, ist bestritten.

Verneint ist diese Frage in Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 72 S. 334; es fragt sich, ob dieser Ansicht beizustimmen ist.

Das Reichsgericht weist darauf hin, daß durch die Bestimmungen des Unterstützungswohnsitzgesetzes Rechte und Verbindlichkeiten nur zwischen den öffentlichen Verbänden begründet und daher die auf anderen Titeln beruhenden Verpflichtungen zur Unterstützung Hilfsbedürftiger von den Bestimmungen des Unterstützungswohnsitzgesetzes nicht betroffen werden (§ 61). Das Gesetz macht also selbst einen Unterschied zwischen den Verbindlichkeiten der Verbände untereinander und den Verbindlichkeiten Dritter aus Titeln des allgemeinen bürgerlichen Rechtes; diese letzteren scheidet das Gesetz als ihm nicht unterstehend aus. Daraus folgert das Reichsgericht, daß die durch den eingeschalteten § 30a eingeführte Verjährung sich nur auf die Ansprüche der Armenverbände gegen einander, nicht aber auf die Ersatzansprüche eines Armenverbandes gegen anderweit

Digitized by Google

Verpflichtete beziehe; die entgegengesetzte Ansicht laufe dem § 61 zuwider. — Diese Folgerung des Reichsgerichts widerspricht aber zunächst dem Wortlaute des neu eingefügten § 30a, der „Erstattungs- und Ersatzansprüche" der kurzen Verjährung unterwirft. Das Unterstützungswohnsitzgesetz spricht nämlich, wo es die Rückgewähr gegen andere Armenverbände regelt, von „Erstattung" (so §§ 30, 33, 34, 38), dagegen in § 62, wo es die Rückgewähr gegen Privatpersonen regelt, von „Ersatz". Wenn nun der neue § 30a die Verjährung von „Erstattungs- und Ersatzansprüchen" regelt, so hat er danach sowohl die Ansprüche gegen Armenverbände wie auch gegen Dritte im Auge. Die doppelte Ausdrucksweise, daß Erstattungs- und Ersatzansprüche in zwei Jahren verjähren sollen, wäre ohne jeden Sinn, wenn damit nur auf die Ansprüche der Armenverbände gegen einander hingewiesen werden sollte; vielmehr ist gerade durch die Nebeneinanderstellung zweier an sich gleicher Begriffe in § 30a zum Ausdrucke gebracht, daß die neu eingeführte Verjährung auch für die Ersatzansprüche gegen Privatpersonen gelten solle. So Lieffchütz im Archiv für öffentliches Recht Bd. 33 S. 534.

Das Reichsgericht weist nun weiter darauf hin, daß sowohl die Begründung zum Regierungsentwurf als auch der Regierungsvertreter in der Reichstagskommission immer nur die Ersatzansprüche der Armenverbände gegen einander als von der zweijährigen Verjährung betroffen hinstellten. Allein dies beweist nichts für die Auffassung des Reichsgerichts. Denn wenn der Gesetzgeber (oder die Vorarbeiten zum Gesetz) einen Fall als unter das Gesetz fallend ausdrücklich hervorhebt, so geschieht dies oft lediglich zu dem Zwecke, weil dieser Fall das Regelmäßige, für das Rechtsverhältnis von bestimmendem Einfluß ist; nicht aber will der Gesetzgeber hiermit sagen, daß das Gesetz nur beim Vorliegen des in ihm hervorgehobenen Tatbestandes Anwendung finden solle.

Der § 30a unterwirft der kurzen Verjährung Ansprüche, die erhoben werden „auf Grund dieses Gesetzes", nämlich des Unterstützungswohnsitzgesetzes. Das trifft aber zu bei den hier in Frage stehenden Ansprüchen gegen Verwandte usw.: sie werden erhoben auf Grund des Unterstützungswohnsitzgesetzes; würde § 62 nicht die Grundlage für die Ersatzansprüche gegen diese dritten Personen bilden, so würden sie überhaupt nicht erhoben werden können. Dagegen meint das Reichsgericht, daß § 62 nur den Übergang des

Digitized by Google

Rechtes vermittele, aber nicht die Grundlage für das Recht selbst schaffe; es liege nur eine cessio legis vor. Das erscheint nicht richtig; schon die in § 62 gebrauchten Worte „ist befugt, . . . zu fordern" sprechen gegen eine Zession. Hätte das Gesetz eine solche, also die Übertragung des dem Hilfsbedürftigen zustehenden Rechtes auf den Armenverband, beabsichtigt, so hätte es dies zum Ausdrucke gebracht durch die Fassung, der Verband „tritt in die Rechte" (Preuß. ALR. I 16 § 46) oder „die Forderung geht auf ihn über" (§ 774 BGB.)[6]). Liegt aber eine Abtretung nicht vor, dann handelt es sich im § 62 — um hier die Worte des Reichsgerichts a. a. O. zu wiederholen — um einen „dem Armenverband eingeräumten, mit Rücksicht auf seine öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung eigentümlich gestalteten, selbständigen Ersatzanspruch gegen Dritte." Es kann dahin gestellt bleiben, ob es einer solchen ausdrücklichen Festsetzung des Ersatzanspruchs bedurfte, und ob er nicht vielleicht schon aus der aushilfsweisen Natur der vom Armenverbande geleisteten öffentlichrechtlichen Unterstützung hätte hergeleitet werden können. Das Unterstützungswohnsitzgesetz hat einen solchen selbständigen Ersatzanspruch des Armenverbandes gegen Dritte durch ausdrückliche Vorschrift festzusetzen für gut befunden, und der Armenverband, der gegen dritte Unterhaltspflichtige den Ersatzanspruch erhebt, der erhebt ihn „auf Grund dieses Gesetzes." Die Verjährung des § 30a findet also auch auf diese Ansprüche Anwendung.

Das Ergebnis dieser Untersuchung zu II ist hiernach:

1. Das Unterstützungswohnsitzgesetz spricht, wo es die Rückgewähr gegen andere Armenverbände regelt, von „Erstattung" (so §§ 30, 33, 34, 38), dagegen in § 62, wo es die Rückgewähr gegen Privatpersonen regelt, von „Ersatz". Wenn nun der neue § 30a die Verjährung von „Erstattungs- und Ersatzansprüchen" regelt, so hat er danach sowohl die Ansprüche gegen Armenverbände wie auch gegen Dritte im Auge.

2. Der § 62 UWG. setzt nicht eine gesetzliche Abtretung der dem Unterstützten gegen Dritte zustehenden Ansprüche an den Armenverband fest, sondern er begründet für den Armenverband einen mit Rücksicht auf seine öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung eigentümlich gestalteten, selbständigen Ersatzanspruch gegen Dritte.

[6]) Andere zutreffende Gründe gegen die Annahme einer Abtretung siehe noch bei Liefschütz a. a. O. S. 528.

Digitized by Google

III.

Einen interessanten Beitrag zu dem oben besprochenen § 62 UWG. liefert folgender in der Praxis vorgekommener Fall: Ein bäuerlicher Altsitzer (Leibgedinger) verließ das belastete Grundstück und trieb sich in der Fremde umher; nach Jahresfrist wurde er schwer erkrankt aufgegriffen und auf Kosten des fremden Armenverbandes verpflegt und geheilt. Dieser verlangte nun Ersatz der Kosten von dem Hofeigentümer mit der Begründung: der letztere sei verpflichtet gewesen, dem unterstützten Altsitzer auf Grund des Vertrags — der dinglichen Haftung des Grundstücks — Unterhalt zu gewähren; Ersatz der so vom Hofeigentümer geschuldeten Leistungen könne danach der Armenverband von ihm nach § 62 verlangen. — Dieser Anspruch ist grundsätzlich gerechtfertigt; denn auch eine auf verdinglichtem Vertrage beruhende Unterhaltspflicht fällt unter die in § 62 erwähnten Titel[7]). Der § 62 gibt nun dem Armenverbande nicht einen Anspruch auf diejenigen Naturalleistungen, zu deren Gewährung an den Altsitzer der Hofeigentümer verpflichtet ist, sondern einen Anspruch auf Ersatz dieser Leistungen[8]); der Verband soll also nicht die Leistung, die der Hofeigentümer an den Altsitzer zu bewirken hatte, fordern können, sondern den Ersatz der Leistung. Das liegt auch in der Natur der Sache. So können Eltern ihre Unterhaltspflicht gegenüber dem unverheirateten Kinde erfüllen durch Naturalverpflegung (§ 1612 Abs. 2 Satz 1); aber dem Armenverbande, der das Kind unterstützt hat, haben die Eltern eine Geldentschädigung zu zahlen. Der Gegenstand der Verpflichtung des Dritten besteht also dem Armenverbande gegenüber in etwas Anderem als dem Unterhaltsberechtigten gegenüber[9]). Nun setze man den Fall, daß der Altsitzer nicht bestimmte Naturalien, sondern schlechthin „freie Beköstigung und Beheizung" verlangen kann. Hier hat er nur das Recht zu verlangen, daß er an den Mahlzeiten des Hofbesitzers (sei es an demselben Tische oder auch im „Altenstübli") teilnehme, und daß dieses geheizt sei, daß also sein Bedürfnis nach Speise und Beheizung befriedigt werde. Ist dieses (insbesondere wie im vorliegenden Falle durch Verschulden des Altsitzers) nicht geschehen, so kann das Bedürfnis nicht rückwärts

[7]) Eger Anm. 192 III 4 zu § 61.

[8]) Auch diese Erwägung spricht gegen das Vorliegen einer Zession; vgl. oben II gegen Ende.

[9]) Vgl. Kayser im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 36 S. 503.

Digitized by Google

befriedigt werden; es liegen hier also dieselben Gründe vor, die den Gesetzgeber zu der Vorschrift des § 1613 BGB. veranlaßt haben. Folglich ist der Hofeigentümer dem Altsitzer gegenüber befreit; dennoch hat er dem Armenverbande den (allerdings sehr geringen) Wert der geschuldeten Leistungen zu ersetzen. In dem Regelfalle, wo die Altenteilsleistungen in bestimmten, zu wiederkehrenden Terminen fälligen Naturalien bestehen, hat der Hofeigentümer dem Armenverbande den Wert dieser Naturalien zu ersetzen; in diesem Falle hat der Annahmeverzug des Altsitzers nicht die Leistungsfreiheit des Hofbesitzers zur Folge[10]).

Das Ergebnis der Untersuchung zu III ist hiernach:

Der § 62 UWG. gibt dem Armenverband einen Anspruch nicht auf die (Natural-) Leistung, zu deren Gewährung ein Dritter dem Unterstützten gegenüber verpflichtet ist, sondern einen Anspruch auf Ersatz dieser Leistung. Folglich haben Eltern, obwohl sie die ihnen gegenüber einem unverheirateten Kinde obliegende Unterhaltspflicht durch Naturalverpflegung erfüllen können (§ 1612 Abs. 2 Satz 1), dem Armenverbande, der das Kind unterstützt hat, eine Geldentschädigung zu zahlen; und ebenso hat folglich der Hofeigentümer, wenn der Unterstützte ein Altenteil bezieht, dem Armenverbande den Wert der geschuldeten Altenteilsleistungen zu ersetzen, auch wenn der Altsitzer selbst die rückständigen Leistungen nachzufordern nicht mehr berechtigt ist.

---

[10]) Wie bei anderen Schuldverhältnissen der Gläubigerverzug den Schuldner nicht befreit, ihm vielmehr nur das Recht zur Aussonderung und Versteigerung der geschuldeten Gattungssache gibt, so gilt dies auch für das Rechtsverhältnis des Eigentümers zum Altsitzer. Dieser kann also rückständige Leistungen nachfordern, und der Umstand, daß die aufgelaufenen Rückstände an Naturalien aus den Erträgnissen des Grundstücks auf einmal nicht gewonnen werden können, bewirkt keine Unmöglichkeit noch Unvermögen des Schuldners zur Nachleistung, da der Eigentümer die geschuldeten Naturalien hier ebenso wie im Falle einer Mißernte von anderwärts beschaffen kann und er auch dieser letzteren Pflicht enthoben wäre, wenn er die jeweils fälligen Leistungen für den Altsitzer und auf dessen Gefahr ausgesondert oder öffentlich hätte versteigern lassen (§§ 300, 243 Abs. 2, 383). Josef in Gruchots Beiträgen Bd. 54 S. 79.

Digitized by Google

XIII.

Zur Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr.

Vom Senatspräsidenten, Wirklichen Geheimen Oberregierungsrate Dr. Max Schultzenstein.

I.

Es ist nicht beabsichtigt, die als Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr bezeichnete Rechtseinrichtung, welche innerhalb der allgemeinen Rechtsordnung und im wirtschaftlichen Leben der Einzelnen eine nicht unerhebliche Wichtigkeit hat, erschöpfend zu erörtern. Auch um eine mehr oder weniger umfassende bloße Zusammenstellung des über sie bereits Gesagten oder um eine Stellungnahme zu bereits aufgestellten Ansichten handelt es sich nicht. Vielmehr sollen im Nachstehenden nur ihr Wesen und die hauptsächlichsten Besonderheiten für sie und das Verfahren bei ihr sowie solches behandelt werden, was noch gar nicht oder doch nicht ausreichend besprochen worden ist. Außerdem aber, und das ist mit ein Hauptzweck dieser Abhandlung, wird im Zusammenhange hiermit auch noch das untersucht werden, was gegenwärtig, wo überall die Änderung und die Besserung der bestehenden Rechtsordnung zu prüfen ist, besonders in Betracht kommt, nämlich ob und inwieweit es bei dem für die Inanspruchnahme jetzt bestehenden Rechtszustande verbleiben kann.

Von diesem begrenzten Standpunkt aus war auch weder auf die geschichtliche Entwicklung der Inanspruchnahme bis zu den sie betreffenden und gegenwärtig abschließenden Bestimmungen im § 56 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 zurückzugehen

Digitized by Google

noch eine Vergleichung mit dem, wie sie in außerpreußischen Rechtsordnungen geregelt ist, und auf welchen besonderen Gründen und Verhältnissen die andere Regelung beruht, vorzunehmen, beides um so weniger, als wer sich mit jener Entwicklung und dieser Rechtsvergleichung näher beschäftigt, sofort finden wird, daß sie nichts für das hier zu Erörternde Wesentliches liefern.

Das Schrifttum zur Sache auf dem Gebiete der Lehre und der Anwendung hat selbstverständlich ausgiebige Berücksichtigung gefunden. Davon, es anzuziehen, ist jedoch, da es an leicht zu ermittelnden Stellen steht, regelmäßig abgesehen worden.

Daß etwas bisher noch gar nicht oder wenigstens nicht in der hier geschehenen Weise behandelt worden, also neu ist, wird nicht besonders betont werden. Es ergibt sich vielfach von selbst, so bei dem, was zur Änderung und Besserung des jetzigen Rechtszustandes ausgeführt werden wird. Im übrigen ist für jeden, dem hieran liegt, durch einen Einblick in das bisherige Schrifttum unschwer herauszufinden, ob und inwieweit etwas Neues vorliegt.

Weil das Hergebrachte und allgemein Anerkannte meist nur kurz berührt wird und hinter dem neu oder auf neue Art Gesagten zurücktritt, ist, zumal für das letztere das mehr oder weniger Eindruck machende Gewicht von Anführungen und Belegen fehlt, zu erwarten, daß der Inhalt dieser Abhandlung auf manchen Widerspruch stoßen wird. Auch soweit das mit Recht geschieht, darf für sie immer noch als ein Verdienst in Anspruch genommen werden, wenigstens die Sache mittelbar gefördert zu haben.

II.

Ein Streit unter natürlichen oder juristischen Personen darüber, wem von ihnen oder zu welchem Teile der Erde eine Fläche, ihre Oberfläche, der Raum über ihr und der Raum unter ihr, gehört, ist im bürgerlichen Rechtstreite vor den ordentlichen Gerichten (Amts-, Land- usw. Gerichten) zu entscheiden, dies selbst dann, wenn die Entscheidung davon abhängt, ob die Fläche dem öffentlichen Verkehre dient, weil sie die Eigenschaft eines öffentlichen Weges oder Platzes hat.

Diesen öffentlichen Wegen oder Plätzen stehen gleich im gewissen Umfange, namentlich auch für die hier zu besprechende Inanspruchnahme, die auf alten grundherrlichen Rechten des Gutsherrn über die zum Gute gehörigen bäuerlichen Grundstücke be-

Digitized by Google

ruhenden Dorf- oder Gutsauen im Rechtssinne, nicht jedoch sonstige offene Stellen und Plätze in der Ortslage, welche zwar im Eigentume der Gemeinde stehen, aber nicht als öffentliche Wege oder Auen dem öffentlichen Verkehre dienen, dagegen ferner die Zubehörungen im Sinne einzelner Wegeordnungen, z. B. der Wegeordnung für die Provinz Sachsen vom 11. Juli 1891 §§ 5, 6, 7, 9 und 11.

Jene Entscheidung hat stets über eine Zwischenfrage des Rechtsstreits zu erfolgen. Unter Umständen kann sie aber auch als über den eigentlichen und alleinigen Gegenstand des Streites zu treffen sein (vgl. z. B. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 76 S. 325).

In beschränktem Umfange muß eine gleiche Entscheidung in der Gestalt einer Beantwortung einer Zwischenfrage auch innerhalb des strafgerichtlichen Verfahrens ergehen, z. B. dabei, ob auf einem öffentlichen Wege, einer Straße oder einem öffentlichen Platze gestohlen oder ein Raub begangen worden ist, ob Gegenstände, welche zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört worden sind, und ob jemand ohne Befugnis auf einem fremden Jagdgebiet außerhalb des öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges, wenn auch nicht jagend, doch zur Jagd ausgerüstet, betroffen worden ist (§§ 243 Nr. 4, 250 Nr. 3, 304, 368 Nr. 10 des Strafgesetzbuchs).

Vor allem aber ist, sobald die Eigenschaft der Öffentlichkeit wegen eines den öffentlichen Verkehr auf der Fläche ausschließenden oder beeinträchtigenden bürgerlichen Rechtes bestritten oder ihr, ohne sie an sich zu bestreiten, doch ein solches Recht entgegengehalten wird, ein besonderes Mittel, um den Streit zum Austrage zu bringen, dadurch gegeben worden, daß die Wegepolizeibehörde in Anwendung ihres Rechtes und in Erfüllung ihrer Pflicht, den Bestand der öffentlichen Wege und, daraus folgend, die Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des auf den Wegen stattfindenden Verkehrs zum Fahren, Gehen usw. zu erhalten, eine Fläche für den öffentlichen Verkehr gegenüber demjenigen in Anspruch nehmen kann, der das bürgerliche Recht geltend macht. Nur die Wegepolizeibehörde kann solches, nicht eine Privatperson weder für sich noch statt der Wegepolizeibehörde oder in ähnlicher Weise wie diese, auch nicht die von der Wegepolizeibehörde (Chausseepolizeibehörde) verschiedene Wegebaupolizeibehörde (Chausseebaupolizeibehörde, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 29 S. 478), dies mit der Maßgabe, daß in

Digitized by Google

dem Falle einer Übertragung einzelner Polizeiverwaltungszweige und dabei allein oder darunter der Wegebaupolizei die letztere ungeachtet ihrer an und für sich engeren Bedeutung doch in einem die Inanspruchnahme mitumfassenden Sinne zu verstehen sein kann.

Ob im einzelnen Falle die Öffentlichkeit eine allgemeine oder eine beschränkte, nur als Fuß-, Schul-, Kirchenweg usw. oder nur zu gewissen Zeiten oder bei gewissen Witterungsverhältnissen (Hochwasser oder dergl.) bestehende ist, macht rechtlich keinen Unterschied. Ebenso ist die wegerechtliche Eigenschaft der Fläche, namentlich ob sie der ganze Weg oder nur ein Teil und welcher Teil davon (Fahrdamm, Bürgersteig, Vorplatz, Freitreppe, Damm, Brücke usw.) sein soll, ohne Bedeutung. Eine sich an die Allgemeinheit wendende öffentliche Bekanntmachung genügt zur Inanspruchnahme nicht; die letztere muß vielmehr stets an bestimmte einzelne Personen ergehen.

Weil die Grundlage des polizeilichen Vorgehens lediglich jenes Recht und jene Pflicht sind, bedarf es zu ihm weder einer Unentbehrlichkeit oder besonderen Notwendigkeit des öffentlichen Weges, noch eines Bedürfnisses für den Verkehr oder eines sog. öffentlichen Verkehrsinteresses und einer Gefährdung desselben. Fehlt es hieran, so kann daraus deshalb kein Einwand gegen die Inanspruchnahme entnommen werden. Vielmehr ist als der einzige und auch nur mittelbar zum Ziele führende Schutz die Möglichkeit vorhanden, rechtzeitig zuvor die Einziehung des öffentlichen Weges oder des Teiles eines solchen zu betreiben (vgl. hierzu Verwaltungsarchiv Bd. 25 S. 165 ff. und Bd. 27 S. 334 ff.). Ebenso ist es unerheblich, daß und wie lange die Fläche dem öffentlichen Verkehre bereits tatsächlich entzogen gewesen ist.

Andererseits ergibt die bezeichnete Grundlage, daß eine Widmung zum öffentlichen Verkehr und die Inanspruchnahme nicht zusammenfallen können, sondern die erstere der letzteren vorhergegangen sein muß. Noch weniger läßt sich die Inanspruchnahme dazu benutzen, um einen noch nicht vorhandenen öffentlichen Weg erst zu schaffen oder einen bestehenden zu verändern, namentlich zu verbreitern, weder so, daß ein öffentlicher Weg ganz neu angelegt oder so, daß ein vorhandener Privatweg in einen öffentlichen Weg umgewandelt werden soll, ebenso nicht dazu, um die Entwicklung eines in der Entstehung begriffenen öffentlichen Weges zu einem solchen zu befördern oder zu erleichtern.

Digitized by Google

Die Inanspruchnahme behält, auch wenn es sich bei ihr allein um die Abwehr eines einzelnen bereits erfolgten tatsächlichen Eingriffs in den Bestand eines öffentlichen Weges handelt, ihre vorbeugende (präventive) Bedeutung, weil wegen des behaupteten Rechtes die Befürchtung naheliegt, es könne künftig die Störung des Verkehrs auf dem Wege fortgesetzt oder in gleicher Weise, wie schon geschehen, wiederholt werden. Selbstverständlich hat sie daher mit einer polizeilichen Strafverfügung, vermittels deren eine begangene unbefugte Tätigkeit in bezug auf einen öffentlichen Weg durch eine Strafe gesühnt werden soll, gar nichts gemein. Sie ist aber ihrem Wesen nach auch verschieden von der bloßen Feststellung der Eigenschaft eines Weges als eines öffentlichen, an welcher Feststellung, sei es als an dem eigentlichen Gegenstand eines Streites oder einer Meinungsverschiedenheit sei es als an einer Vorfrage hierfür, der Polizei oder einer Privatperson aus verschiedenen Gründen gelegen sein kann, z. B. um einen Wegebaupflichtigen zu einer Leistung für den Weg anzuhalten oder um den Ersatz für den Weg aufgewendeter Unterhaltungskosten von einem anderen, der hierzu als der Unterhaltungspflichtige verbunden sei, zu erlangen.

Im übrigen kommt es, sofern nur sicher ist, daß eine Fläche für den öffentlichen Verkehr in Anspruch genommen, nicht etwa nur zunächst mitgeteilt ist, sie würde unter gewissen Umständen künftig in Anspruch genommen werden, auf die Art, wie die Inanspruchnahme zum Ausdrucke gebracht wird, nicht an. Meist wird sie durch eine schriftliche Verfügung erfolgen, wobei nicht allein deren Wortlaut und der des Einspruchsbeschlusses entscheiden, sondern gleich sehr und fast noch mehr als sonst die ganzen begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind und sog. schlüssige Handlungen genügen. Namentlich sind nicht in der Art wie bei allgemeinpolizeilichen Verfügungen ein bestimmtes Gebot oder Verbot und eine Zwangsandrohung notwendig. Sie können vielmehr nur, wenn ein gewisses Handeln oder Unterlassen, z. B. das Zurücksetzen eines Zaunes oder das Nichtbetreten einer Fläche, aufgegeben worden ist, zu deren Erzwingung hinzugefügt werden, und auch, falls sie hierfür fehlen, bleibt das polizeiliche Vorgehen eine Inanspruchnahme, sobald es diese sonst ist.

Es kann aber auch ohne alle Schriftlichkeit und ohne daß überhaupt von einer Inanspruchnahme gesprochen wird, die Inanspruchnahme in jeder anderen Form geschehen, die den Willen der Wegepolizeibehörde, daß eine Fläche und welche Fläche für den öffent-

Digitized by Google

lichen Verkehr dienen solle, gegenüber dem hiervon Betroffenen erkennbar macht, z. B. durch einen unmittelbaren Zwang und ein sonstiges unmittelbares Handeln, oder mittelbar durch ein Verbot, etwas mit der oder an der Fläche vorzunehmen.

Daß die Inanspruchnahme nur einen vorübergehenden Zweck hat, nimmt ihr noch nicht die Eigenschaft als eine solche. Auch ist sonst eine zeitlich beschränkte Inanspruchnahme als eine vorübergehende einmalige oder als eine sich in gewissen Zwischenräumen wiederholende möglich, und zwar dies, weil die Wegepolizeibehörde selbst von vornherein sich mit einer derartigen Beschränktheit begnügt hat, als weil das behauptete bürgerliche Recht bloß beschränkt besteht oder, worauf es allein ankommt, bloß beschränkt geltend gemacht wird. So kann beim Aufschlagen des Tores eines Anliegers über den Bürgersteig die Wegepolizeibehörde sich auf das Verlangen, daß es nur zeitweise unterbleibt, beschränken oder der Anlieger nur ein zeitweises Recht dazu haben oder einwenden.

Aus dem genannten Zwecke und Grunde ergeben sich die beiden Voraussetzungen für die Inanspruchnahme. Auf der einen Seite, nämlich nach der Ansicht der Wegepolizeibehörde, muß die Fläche, sei es, weil sie einen Teil eines öffentlichen Weges oder Platzes bildet, oder zwar äußerlich davon abgetrennt worden ist, aber die früher als Teil erworbene rechtliche Eigenschaft nicht in der vom Gesetze geordneten Weise, besonders nicht durch Einziehung (siehe oben S. 397), verloren hat, sei es weil sie für sich besonders öffentlich geworden ist, letzteres namentlich durch die Widmung aller Rechtsbeteiligten, einerseits bereits, andererseits noch die Eigenschaft der Öffentlichkeit besitzen und deshalb dem öffentlichen Verkehre zu dienen bestimmt sein. Mit Recht wird daher von der Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr, d. i. von dem, was dafür bereits und noch ein öffentlicher Weg ist, gesprochen und nicht von einer Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr als Weg in dem Sinne, daß eine Fläche zum öffentlichen Verkehre dienen und ein Weg werden solle. Auf der anderen Seite, nämlich auf derjenigen dessen, gegen welchen vorgegangen wird, ist die Berufung auf ein der bürgerlichen Rechtsordnung angehörendes Recht an der Fläche erforderlich. Ein bloßes Dulden, gleichviel wie lange es, ohne zu einem Rechte geworden zu sein, gedauert hat, und wie und von welcher Seite, selbst von der Wegepolizeibehörde, es geschehen ist, reicht niemals aus. Erforderlich ist ein wirkliches Recht, und dies ist

Digitized by Google

ausschließlich nach der bürgerlichen Rechtsordnung zu beantworten. Nach der bürgerlichen Rechtsordnung richtet es sich deshalb auch, ob und wann der Besitz an Sachen und an gewissen Rechten nur etwas Tatsächliches oder ein Rechtsgut, das einen Bereicherungsanspruch zu geben vermag, vererbt werden kann und gegen unerlaubte Handlungen, namentlich gegen verbotene Eigenmacht, geschützt wird, aber noch kein wirkliches Recht ist, und ob man es bei einer eingeräumten Befugnis noch nicht mit einem Rechte, namentlich nicht mit einer Leihe zu tun hat.

Das Recht muß ferner ein eigenes dessen, an den die Inanspruchnahmeverfügung gerichtet worden ist, oder im Falle einer Vertretung desjenigen sein, welchen jemand zu vertreten befugt ist. Damit wird ausgeschlossen, daß so, wie es bei allgemeinpolizeilichen Verfügungen zulässig ist, ein Dritter, in dessen persönliche Freiheit oder Vermögensrechte eine Verfügung eingreift, die letztere anfechten darf.

Die Berufung auf ein bürgerliches Recht gelangt regelmäßig dadurch zum Ausdrucke, daß etwas, was die Benutzung der Fläche für den öffentlichen Verkehr hindert oder beeinträchtigt, auf oder mit der Fläche vorgenommen wird, z. B. ein gänzliches oder teilweises Absperren durch einen Zaun, also eine tatsächliche Einwirkung. Auf das Maß der Einwirkung kommt es nicht an; nur das ist erforderlich, daß sie den Weg oder den Wegeteil seiner Bestimmung, dem öffentlichen Verkehre zu dienen, entzieht. Das Recht braucht auch nicht an der Fläche als solcher geltend gemacht zu werden, sondern es genügt, wenn es an einem Teile oder einem Zubehöre derselben vorhanden, aber dem öffentlichen Verkehre hinderlich ist. Hat also jemand z. B. ein bürgerliches Recht an den auf einem Bürgersteige stehenden Bäumen solange, als sie vorhanden sind, so kann nicht mit Erfolg durch eine Inanspruchnahmeverfügung vorgegangen, sondern nur dem öffentlichrechtlichen Wegeunterhaltungspflichtigen aufgegeben werden, den Eigentümer der Bäume zu deren aus Verkehrsrücksichten notwendigen Beseitigung zu bewegen.

Außer einer solchen tatsächlichen Einwirkung genügt aber auch schon der Ausdruck durch das bloße Behaupten eines entgegenstehenden bürgerlichen Rechtes, ein sog. Berühmen.

Es kann selbst ungeachtet desselben bürgerlichen Rechtes als der Grundlage, und obwohl sonst alles Wesentliche sich gleichbleibt, etwas wegen an sich nebensächlicher Umstände bald eine tatsächliche Ein-

Digitized by Google

wirkung bald ein bloßes Berühmen sein. So ist das Aufstellen von das Betreten einer Fläche verbietenden Warnungstafeln, weil die Fläche nicht öffentlicher Weg oder Teil eines solchen, sondern freies Eigentum sei, eine tatsächliche Einwirkung, wenn die Tafeln auf der Fläche, dagegen ein bloßes Berühmen, wenn sie neben der Fläche auf unbestritten nicht zu ihr gehörigem Gelände aufgestellt worden sind. Die Wirkung ist aber in beiden Fällen die nämliche, d. h. es wird ein bürgerliches Recht und dasselbe bürgerliche Recht, Eigentum, geltend gemacht.

Immer muß das Recht ein der bürgerlichen, nicht der öffentlichen Rechtsordnung angehörendes Recht, Eigentum, Grundgerechtigkeit, Pachtrecht oder sonstiges Gebrauchs- und Nutzungsrecht, z. B. zum Aufstellen oder Niederlegen von Sachen, usw. sein, welches die tatsächliche Einwirkung oder das Berühmen erlaube. Damit scheiden namentlich die Berufung auf einen mehr oder weniger allgemeinen Gemeingebrauch an einem öffentlichen Wege, z. B. die daraus hergeleitete Befugnis zur Herstellung oder Beibehaltung einer Überfahrt (Überbrückung) von oder zu dem Wege oder eines Hecktors auf dem Wege und sonst etwa noch die auf eine erteilte baupolizeiliche Erlaubnis aus.

Während die erste Voraussetzung, die Ansicht der Wegepolizeibehörde über die Öffentlichkeit der Fläche, wie bereits für die Feststellung dieser Öffentlichkeit bemerkt worden ist, (oben S. 398), selbstverständlich zu verschiedenen Arten eines polizeilichen Vorgehens führen kann, und während auch bei einem auf ein bloßes Verneinen beschränkten Bestreiten der Öffentlichkeit einer Fläche, das nicht auf ein bürgerliches Recht gestützt oder daraus hergeleitet ist, noch keine Inanspruchnahme vorliegt, ist die zweite Voraussetzung, die Geltendmachung eines Privatrechts, dasjenige, was in derselben Weise nicht weiter vorkommt und der Inanspruchnahme ihre Eigenart gibt. Hierbei ist es ohne Bedeutung, bei welcher Gelegenheit, aus welcher Veranlassung und zu welchem Zwecke jemand das Recht ausübt oder sich dessen berühmt. Man hat es sonach mit einer Inanspruchnahme z. B. auch dann zu tun, wenn wegen freien Eigentums an der Fläche die polizeiliche Auflage einer Wegeunterhaltung oder die Rechtmäßigkeit der Versagung einer baupolizeilichen Erlaubnis bekämpft worden ist. Dagegen verbleibt es ohne ein auch nur mittelbares Ausüben eines Rechtes oder Berühmen mit einem Rechte bei den gewöhnlichen Regeln des Wegerechts bezw. des Baupolizeirechts

Digitized by Google

für das Rechtsverhältnis, und die Besonderheiten der Inanspruchnahme kommen nicht zur Anwendung.

Die Inanspruchnahme steht in nahem Zusammenhange mit der Einziehung öffentlicher Wege, auf welche sich die angezogenen Aufsätze im Verwaltungsarchiv beziehen, und von welcher bereits oben die Rede gewesen ist (S. 397, 399). Sie ist eine Kehrseite (ein contrarius actus) von der Einziehung. Dieser Zusammenhang tritt auch dabei hervor, daß gleich der Einziehung (a. a. O. Bd. 27 S. 334) die Inanspruchnahme, wie ebenfalls schon erwähnt worden ist (oben Nr. I S. 394), häufig vorkommt. Denn oft besteht darüber, ob und in welcher Ausdehnung nach Länge und Breite ein Weg (Platz) öffentlich oder nicht öffentlich ist, letzteres als gewöhnliches Land, besonders als sog. Privatweg, über den ein Einzelner oder mehrere Einzelne freie Verfügung haben, oder als ein sog. Interessentenweg, d. i. ein Weg, der nur den wirtschaftlichen Bedürfnissen einer gewissen Anzahl von Personen zu dienen bestimmt ist, und der zwischen den öffentlichen Wegen und den Privatwegen steht, noch nicht zu jenen, aber auch nicht mehr zu diesen zu rechnen ist, Ungewißheit und wegen des Mangels an leicht erkennbaren äußeren Merkmalen für das eine oder das andere Meinungsverschiedenheit. Der Zusammenhang wird sich ferner noch bei dem, was nachstehend zu erörtern ist, darin zeigen, daß teils bei Gleichheiten teils bei Ungleichheiten Entsprechendes gilt. Endlich ist beiden Rechtseinrichtungen eigentümlich, daß in dem Streite häufiger und stärker als sonst mit einer gewissen persönlichen Empfindlichkeit und selbst Gereiztheit gekämpft wird. Die Gründe hierfür sind freilich verschieden. Von einer Entschädigung, deren Mangel bei der Einziehung eine große Rolle spielt (Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 335 ff.), ist bei der Inanspruchnahme keine Rede trotz des Abs. 8 des § 56 ZG., dessen Bestimmung jeder Bedeutung entbehrt, und kann keine Rede sein (vgl. unten S. 419). Denn die Inanspruchnahme hat Erfolg nur, wenn das geltend gemachte bürgerliche Recht nicht besteht, und für den Verlust von Rechtlosem fehlt natürlich jeder Anlaß zum Entschädigen. Dagegen erklärt sich das Verhalten desjenigen, der sich von der Inanspruchnahme getroffen sieht, durch eine an sich allgemein verständliche, aber im einzelnen Falle doch oft zu weitgehende Anhänglichkeit an den Grundbesitz, den jemand, wenngleich ohne wirkliches Recht, doch tatsächlich einmal hat und mit dem Scheine eines Rechtes zu haben glaubt, und durch den Unwillen, hiervon etwas, selbst nur einen kleinen, wenig

Digitized by Google

wertvollen Abspliß hergeben zu sollen. Der Inhaber der Wegepolizeibehörde aber entrüstet sich leicht darüber, daß er, wo er überzeugt ist, durch Wahrung des Bestandes eines öffentlichen Weges nur seine Pflicht zu tun oder doch wenigstens um der Allgemeinheit willen von einer Befugnis Gebrauch zu machen, auf Widerstand stößt.

III.

Das eigenartige Wesen der Inanspruchnahme hat eine Reihe von Besonderheiten zur Folge, von denen die nachstehenden hervorzuheben sind. Sie betreffen teils lediglich das Verfahren teils lediglich die Sache selbst teils zugleich das eine und die andere.

Während bei polizeilichen Verfügungen in der Regel das Verwaltungsstreitverfahren unmittelbar gegen die Verfügung selbst oder gegen den es bei ihr belassenden Bescheid der einzigen oder letzten Beschwerdeinstanz stattfindet, ist die Beschwerde als eigentliches Rechtsmittel, also nicht auch die sog. Aufsichtsbeschwerde, d. i. die Befugnis, die Aufsichtsbehörde anzurufen, um sie zum Besten der Allgemeinheit zu einer Prüfung, wie sie bereits von Amts wegen vorgenommen werden kann, anzuregen, vollständig beseitigt, und es gibt gegen die Inanspruchnahmeverfügung kein Recht zur sachlichen Beschwerde durch Anrufung einer höheren Beschwerdebehörde. Vielmehr ist ähnlich wie bei der das Vorhaben der Einziehung zum Ausdrucke bringenden Bekanntmachung und in einer ganzen Anzahl von anderen Fällen als der einzige Rechtsbehelf gegen die Verfügung nur sowohl das Recht als die Pflicht des Einspruchs an dieselbe Wegepolizeibehörde, welche die Verfügung erlassen hat, aufgestellt. In dem Einspruche kann alles an- und ausgeführt werden, was derjenige, den die Verfügung betroffen hat, gegen die Inanspruchnahme und für das ihm zur Seite stehende bürgerliche Recht geltend machen zu können glaubt. Das Ziel des Einspruchs ist entsprechend dem allgemeinen Wesen eines jeden Einspruchs, die Wegepolizeibehörde zu veranlassen, daß sie nochmals auf Grund des Inhalts des Einspruchs oder unabhängig von diesem Inhalt und selbst wenn der Einspruch ohne jede Begründung geblieben ist, in Erwägung zieht und prüft, ob sie an ihrer Verfügung festhält. Tut sie das ganz oder teilweise, so findet einerseits erst dann, andererseits aber auch gleich dann gegen den den Einspruch insoweit zurückweisenden Beschluß innerhalb zwei Wochen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren unmittelbar bei dem örtlich und sachlich zuständigen Verwaltungsgerichte statt, wel-

Digitized by Google

ches zu deren Vervollständigung eine angemessene Nachfrist gewähren kann. Die Klage darf auch auf andere Gründe als die bisher, namentlich im Einspruche, geltend gemachten gestützt werden. Ist kein Einspruch eingelegt oder auf den eingelegten Einspruch noch nicht oder überhaupt nicht ein ablehnender Einspruchsbeschluß erteilt worden, so ist das Verwaltungsstreitverfahren unzulässig und die trotzdem angestellte Klage ohne weiteres kostenpflichtig abzuweisen. Wird ein Einspruch statt bei der Wegepolizeibehörde innerhalb der gesetzlichen Frist bei einer derjenigen Behörden erhoben, welche zur Beschlußfassung oder Entscheidung auf Beschwerden gegen Beschlüsse oder Verfügungen der Wegepolizeibehörde zuständig sind, so ist er von Amts wegen dorthin abzugeben und gilt die Frist als gewahrt. Dies findet für die Verwaltungsgerichte in der Weise Anwendung, daß sie einen bei ihnen eingelegten Einspruch ebenfalls abzugeben haben. Das Gleiche hat mit der irrtümlich sofort nach einer Verfügung angestellten und als unzulässig abzuweisenden Klage zu geschehen, damit sie als Einspruch behandelt werde, was nicht in der Formel des Urteils neben der kostenpflichtigen Abweisung der Klage, sondern höchstens, aber nicht notwendig, in dessen Gründen zum Ausdrucke zu bringen ist und überhaupt in jeder geeigneten Form bewirkt werden kann.

Die Weitergabe eines Einspruchs und die Abgabe der Klage behufs Behandlung als Einspruch müssen auch dann geschehen, wenn die Einspruchsfrist längst abgelaufen ist, weil von der Wegepolizeibehörde gegen den Ablauf dieser Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt werden kann (§ 52 Abs. 2 LVG.).

IV.

Daraus, daß nach dem oben Nr. II S. 399 Bemerkten die Inanspruchnahme die bereits vorhandene Öffentlichkeit der Fläche und ein gleichfalls schon vorhandenes entgegenstehendes bürgerliches Recht zu ihren Voraussetzungen hat, ergibt sich, daß den Gegenstand des stattfindenden Verwaltungsstreitverfahrens diese beiden Voraussetzungen bilden. Die in ihm zu treffende Entscheidung gehört also unter den verschiedenen Arten von Urteilen zu den ausschließlich bestehende Rechtsverhältnisse ermittelnden und feststellenden Urteilen und namentlich nicht zu den sog. Leistungsurteilen oder zu den Gestaltungsurteilen, aber auch nicht zu den Feststellungsurteilen, welche

Digitized by Google

ähnlich denen nach dem § 256 ZPO. in unserem Verwaltungsstreitverfahren ebenfalls vorkommen, und bei welchen einerseits die Feststellung der in der Formel des Urteils zum Ausdrucke gelangende Gegenstand der Entscheidung ist, andererseits regelmäßig nur als Grundlage für weitere aus ihr sich ergebende Ansprüche dienen soll.

Von den Voraussetzungen bewegt sich die erstere ausschließlich innerhalb der öffentlichen Rechtsordnung, die letztere ebenso ausschließlich außerhalb derselben und innerhalb der bürgerlichen Rechtsordnung. Während aber sonst stets oder doch wenigstens meist die Rechtmäßigkeit einer allgemeinpolizeilichen Verfügung, also das Vorhandensein ihrer bejahenden und verneinenden (positiven und negativen) Voraussetzungen, nach der Zeit zu beurteilen ist, wo die Verfügung oder dasjenige, wodurch sie vor ihrer Anfechtung im Verwaltungsstreitverfahren aufrechterhalten und die Anfechtbarkeit in diesem Verfahren begründet wurde (Einspruchsbeschluß, Beschwerdebescheid und weiterer Beschwerdebescheid), erging, kommt es bei der Inanspruchnahme hierauf nicht entscheidend an. Sondern es ist noch alles zu berücksichtigen, was bis zu dem im Verwaltungsstreitverfahren ergehenden Urteile von den Parteien geltend gemacht oder von Amts wegen zu beachten ist. Es ist dies eine Folge davon, daß den Bestimmungen des § 127 Abs. 3 LVG. entsprechende Vorschriften für den § 56 ZG. nicht getroffen sind, und deshalb das Platz greift, was der für jedes Streitverfahren, besonders aber auch für das Verwaltungsstreitverfahren geltende Grundsatz des Strebens nach Wahrheit erfordert. Was bis zum Urteile noch als Parteianführung oder von Amts wegen zu beachten und welches das maßgebende Urteil ist, richtet sich nach dem verwaltungsgerichtlichen Prozeßrechte, dies namentlich auch bezüglich des Urteils, welches in der Revisionsinstanz gefällt wird. Daß erst die Zeit des Urteils ausschlaggebend ist, gilt zunächst für die Öffentlichkeit der Fläche, so daß es von Einfluß ist, wenn die Fläche bis dahin öffentlich geworden ist oder aufgehört hat, öffentlich zu sein, vielleicht gar aufgehört hat, noch vorhanden zu sein. In notwendiger Folge hiervon muß es aber auch von Bedeutung sein, wenn das entgegengestellte Recht bis dahin entstanden oder fortgefallen ist.

Verschieden von der vorstehenden, die Entscheidung der Sache selbst betreffenden Frage ist die, welche Wirkung eine Zurücknahme

Digitized by Google

der Inanspruchnahmeverfügung auf das bereits anhängige Verfahren hat. Daß die Zurücknahme nicht nur das gewöhnliche polizeiliche Verfahren, sondern auch das Einspruchsverfahren ohne weiteres und vollständig beendet, liegt auf der Hand. Anders ist es aber für das anhängige Verwaltungsstreitverfahren. Denn in diesem ist zwar nicht in der Regel, aber doch ausnahmsweise unter gewissen Voraussetzungen ungeachtet der in seinem Laufe erfolgten Zurücknahme der angefochtenen polizeilichen Verfügung eine Fortsetzung des Verfahrens mit dem Ziele zulässig, daß die Verfügung noch für zur Zeit ihres Erlasses nicht gerechtfertigt erklärt werde. Das ist, weil es sich ebenfalls um eine polizeiliche Verfügung handelt, auch bei der Inanspruchnahme zulässig und anerkannt (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 58 S. 325). Wenn jedoch hierbei (S. 326) mit der Zeit, zu welcher über den Einspruch beschlossen worden ist, gerechnet wird, so ist dies schon deshalb zu beanstanden, weil nicht die Zeit der Beschlußfassung maßgebend sein kann, sondern erst die der Bekanntgabe des Beschlusses maßgebend sein würde, vor allem aber deswegen, weil erst die Zeit des Urteils entscheiden kann. Letzteres ergibt sich von selbst daraus, daß diese Zeit diejenige ist, welche für die Sache, also dafür, ob die Inanspruchnahme gerechtfertigt gewesen ist oder nicht, maßgebend ist. Übrigens hat auch das Oberverwaltungsgericht selbst bei den im Verwaltungsarchiv Bd. 22 S. 509 Anm. 20 mitgeteilten Urteilen inzwischen nicht mehr an der Zeit der Beschlußfassung über den Einspruch festgehalten, sondern statt deren die Zeit der Urteilsfällung angenommen, und für die letztere Zeit sprechen außer dem oben S. 405 Gesagten noch die Ausführungen im Verwaltungsarchiv Bd. 22 S. 481 ff. und diejenigen, welche daselbst Bd. 23 S. 205 ff. die Einziehung öffentlicher Wege betreffen, sowie der in der jetzigen Abhandlung S. 402 bereits betonte nahe Zusammenhang zwischen dieser Einziehung und der Inanspruchnahme. Es ist also bei der Inanspruchnahme nach Zurücknahme der Inanspruchnahmeverfügung unter den Voraussetzungen, die dafür allgemein erforderlich sind, noch eine Fortsetzung des Verwaltungsstreitverfahrens mit dem Ziele zulässig, daß die Inanspruchnahme als weder zur Zeit, wo die Inanspruchnahmeverfügung und der sie aufrecht erhaltende Einspruchsbeschluß ergangen sind, gerechtfertigt gewesen ist, noch zu der des demnächstigen Erlasses des Urteils in dem fortgesetzten Verwaltungsstreitverfahren gerechtfertigt erklärt wird.

Digitized by Google

V.

Eine gleich notwendige Folge ist die, daß die Frage, ob eine Inanspruchnahme vorliegt oder keine solche, sondern eine polizeiliche Verfügung von allgemeiner oder doch von einer besonderen anderen Art, nach der Zeit des Urteils zu beantworten ist. Wird hierzu noch hinzugenommen, daß die rechtliche Eigenschaft einer polizeilichen Verfügung von Amts wegen und unabhängig von den Auffassungen der Beteiligten zu beurteilen ist, so ergibt sich, daß, wenn nach den Verhältnissen zur Zeit des Urteils eine Inanspruchnahme anzunehmen oder nicht anzunehmen ist, demgemäß die Entscheidung zu ergehen hat, gleichviel, ob bis dahin von den Parteien mit einer Öffentlichkeit oder mit einem bürgerlichen Rechte gerechnet worden ist oder gerechnet werden sei es konnte sei es mußte. Dafür, daß hierfür selbst die Revisionsinstanz keine unbedingte Grenze bildet, mag auf das oben Nr. IV S. 405 hinsichtlich dieser Instanz Gesagte und die Möglichkeit, in ihr nach Aufhebung des angefochtenen Urteils eine andere Entscheidung zu treffen, verwiesen werden.

VI.

Noch eine weitere Folge, jedoch wieder einerseits bloß eine Folge und andererseits auch eine notwendige Folge, ist die, daß, während nach allgemeiner Regel eine polizeiliche Verfügung sofort für sich selbst und von Anfang an zu sicherem und klarem Ausdrucke bringen muß, was derjenige, an den sie gerichtet ist, oder den sie mittelbar betrifft, tun oder unterlassen soll, widrigenfalls sie auf Beschwerde oder Klage der Aufhebung unterliegt, nicht derselbe Maßstab an die Bestimmtheit einer Inanspruchnahmeverfügung zu legen ist. Daß die Inanspruchnahme niemals mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen zu werden braucht, ist schon erwähnt worden (oben S. 398). Weil es genügt, wenn sie nur sonst mit ausreichender Klarheit und Gewißheit Ausdruck gefunden hat, so kann sie z. B. selbst schon dadurch geschehen, daß die nachgesuchte Genehmigung eines beabsichtigten Baues deshalb abgelehnt oder mit einer Einschränkung erteilt worden ist, weil die Fläche, auf der der Bau stattfinden soll, Teil eines öffentlichen Weges und somit nicht freies Eigentum sei. Wie erst das Verhalten der Beteiligten im Einspruchs- oder Verwaltungsstreitverfahren zeigt, ob überhaupt die Voraussetzungen einer Inanspruchnahme vorhanden sind, so kann dieses spätere Verhalten erst auch ermöglichen, mit Sicherheit zu erkennen, ob und in welchem

Digitized by Google

Umfange, sachlich und räumlich, eine Fläche für den öffentlichen Verkehr in Anspruch genommen ist, und ob ein den öffentlichen Verkehr ausschließendes oder beeinträchtigendes Privatrecht und welches Privatrecht geltend gemacht wird, also ob eine Inanspruchnahme und in welcher Weise sie den Gegenstand des Streites bildet.

VII.

Eine polizeiliche Verfügung darf grundsätzlich nur einen bereits gegebenen einzelnen Fall von Polizeiwidrigkeit betreffen und auf deren Beseitigung abzielen. Diesen Grundsatz muß man auch bei der Inanspruchnahme gelten lassen, da durch keine gesetzliche Vorschrift etwas Anderes bestimmt ist und dafür, von ihm abzuweichen, es an jedem innern Anlasse fehlt. Gegen ihn verstößt es indessen noch nicht, wenn außer der geschehenen, in der Vergangenheit liegenden, durch ein Handeln oder Berühmen erfolgten Einwirkung, gegen welche sich die Inanspruchnahme wendet, zugleich die zukünftige Wiederholung verboten wird. Erforderlich ist nur, daß nicht mehr als eine bloße Wiederholung vorliegt, d. h. daß das Frühere und das Spätere, z. B. die Sperre einer Fläche, deren Beseitigung verlangt worden ist, und diejenige, welche auch künftig nicht soll geschehen dürfen, sich wirklich decken. Ob dem so ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen und kann sich auch noch bejahen lassen, wenn die Sperrvorrichtungen zwar von anderer Beschaffenheit sind, aber doch die gleiche Wirkung haben, oder wenn sie nicht genau an derselben Stelle sich befinden. Ist die Übereinstimmung nicht mehr anzuerkennen, so ist die Lage ähnlich wie etwa bei einer wegebaupolizeilichen Verfügung, durch welche ebenfalls nur die Besserung eines einzelnen bestehenden Schadens am Wege aufgegeben werden kann, nicht aber zugleich oder allein die Beseitigung künftiger Schäden, da sich noch gar nicht übersehen läßt, ob und in welcher Art solche eintreten werden, und wer dann zu ihrer Beseitigung verpflichtet sein wird. Im anderen Falle verhält es sich wie bei einer Verfügung zur polizeimäßigen Reinigung eines öffentlichen Weges, die zugleich auf die Zukunft gerichtet werden darf, weil, wennschon ungewiß ist, ob dann noch dieselbe Person reinigungspflichtig sein wird, doch wenigstens auch für die Zukunft mit einem gleichmäßig sich wiederholenden Reinigungsbedürfnisse zu rechnen ist. Dagegen ist ein allgemeines Verbot für unzulässig zu erachten, sich jeder künftigen Störung des öffentlichen Verkehrs zu enthalten,

Digitized by Google

und zwar dies, wenn es für einen öffentlichen Weg überhaupt ausgesprochen wurde, wie, wenn es auf den Weg oder Wegeteil, welche den Gegenstand der Inanspruchnahme bilden, beschränkt wird. Denn hierunter können Störungen fallen, für welche die Wegepolizeibehörde nicht mehr zuständig ist (oben S. 396), oder Störungen, von denen gar nicht abzusehen ist, ob, wie und in welchem Umfange sie polizeiwidrig sein, d. h. in den Rahmen dessen fallen werden, was überhaupt noch der Obhut einer Polizeibehörde anvertraut ist.

VIII.

Der Grundsatz, daß mehrere polizeiliche Anordnungen in einer Verfügung miteinander verbunden werden können, greift zwar an sich ebenfalls bei der Inanspruchnahme Platz. Außer demjenigen, was aus allgemeinen Gründen einer jeden Verbindung mehrerer Anordnungen entgegensteht, muß indessen noch die im sachlichen Wesen und im Verfahren bestehende Eigenart der Inanspruchnahme zu nicht unerheblichen Beschränkungen führen. Die Verbindung anderer, d. h. mit diesem Wesen und Verfahren nicht vereinbarer Anordnungen ist deshalb ausgeschlossen. Das gilt z. B. gleich davon, daß, weil die Inanspruchnahme nicht dazu dienen soll, einen neuen öffentlichen Weg zu schaffen oder einen vorhandenen öffentlichen Weg zu ändern, sondern nur bestimmt ist, ihn in dem Bestande, welchen er gegenwärtig hat, zu erhalten (S. 396, 399), eine Verbindung mit allem unzulässig ist, was auf eine derartige Schaffung oder Veränderung abzielt. Gleiches gilt ferner gegenüber einer jeden Anordnung, zu welcher noch sonst der inanspruchnehmenden Polizeibehörde oder demnächst dem zur Entscheidung berufenen Verwaltungsgerichte die Zuständigkeit fehlt. Weiter wird allgemein die Unzulässigkeit einer Verbindung noch für Anordnungen, die sich nicht rechtlich oder tatsächlich als aus der Inanspruchnahme gezogene Folgerungen, wie die Beseitigung der geschaffenen Verkehrshindernisse oder die sonstige Wiederherstellung des früheren Zustandes, die Entfernung von Verbotstafeln, die Räumung der Fläche von darauf gelagerten Gegenständen u. dergl. mehr, kennzeichnen, vielmehr im Verhältnisse zu der Inanspruchnahme fremdartige Anordnungen sind, anzunehmen sein. Dabei läßt sich freilich eine feste allgemeine Grenze zwischen dem Fremdartigen und dem nicht Fremdartigen nicht ziehen, sondern ist insoweit nach den Umständen der einzelnen Fälle zu befinden. Zulässig ist insbesondere z. B. die häufig vor-

Digitized by Google

kommende Verbindung, daß zugleich angeordnet wird, die in Anspruch genommene Fläche in einer für einen öffentlichen Weg, insbesondere für den öffentlichen Weg, zu dem sie gehören soll, erforderlichen Zustand zu versetzen, also die Anordnung einer einzelnen bereits notwendigen und zweckmäßigen Wegebauleistung für den in Anspruch genommenen Weg oder Wegeteil, welche Anordnung eben nichts weiter als eine aus der Inanspruchnahme gezogene Folgerung ist. Dagegen ist es nicht statthaft, zugleich die Reinigung der Fläche als Teil eines öffentlichen Weges nach den für die Reinigung öffentlicher Wege geltenden Vorschriften aufzugeben. Eine solche Verbindung wird durch die Ungleichheit der Rechtsbehelfe verhindert. Denn es darf nicht die äußerlich zu einer einheitlichen gemachte Verfügung in zwei Teile zerlegt werden, für deren einen der Einspruch vorgeschrieben, für deren anderen aber nur die Beschwerde zulässig ist. Ebenso kann nicht im Bereiche der Inanspruchnahme statt des Einspruchs die Beschwerde oder im Bereiche der Reinigung statt der Beschwerde der Einspruch treten. Noch weniger darf eine Anordnung verbunden werden, für die gar kein Verwaltungsstreitverfahren oder zwar ein solches, jedoch nicht vor dem örtlich oder sachlich für die Inanspruchnahme zuständigen Verwaltungsgericht eröffnet ist.

Bei einer unzulässigen Verbindung ist im Verwaltungsstreitverfahren auf die zu Unrecht verbundene Anordnung sachlich gar nicht einzugehen, sondern dies ohne weiteres wegen der Unzulässigkeit abzulehnen. Ist die Verbindung zulässig, so muß es selbstverständlich dafür, wie sachlich der verbundene Anspruch zu beurteilen ist, bei dem bewenden, was insoweit ohne die Verbindung Rechtens ist, also wegen der Instandsetzung als Weg bei dem in dem betreffenden Bezirke maßgebenden Wegerecht, und sind Einwendungen gegen die Pflicht z. B. nicht zu berücksichtigen, wenn die vorgeschriebene Mitbelangung des für verpflichtet erachteten Anderen, auf den die Pflicht aufgebürdet werden soll, unterblieben ist.

IX.

Wenn bei einer Inanspruchnahme eine Vollstreckung abgesehen von den Kosten eines Verwaltungsstreitverfahrens möglich ist, es also bei der Inanspruchnahme und dem Einspruchsbeschlusse, z. B. auf Entfernung einer unzulässigen Sperre, verbleibt, so erfolgt sie nach dem, was für die Vollstreckung polizeilicher Gebote oder Ver-

Digitized by Google

bote überhaupt zur Anwendung kommt. In dem, was dabei angeordnet oder verboten worden ist, erfaßt sie einerseits alles, was angeordnet oder verboten worden ist, soweit es unter die Anordnung oder das Verbot fällt, andererseits aber auch nicht mehr, namentlich nicht etwas Anderes. Etwas Anderes ist aber nicht schon jedes, was bloß in der Zeit, im Raume oder in der Beschaffenheit abweicht, z. B. nach dem vorhin S. 408 Gesagten, eine Sperre gewiß noch nicht, wenn sie gleich, nachdem diejenige, welche beseitigt werden sollte und auch beseitigt worden ist, wieder aufgestellt wird, zwar nicht an genau derselben Stelle, aber doch in deren Nähe oder statt in Eisen in Holz, und ein Berühmen hört nicht auf, noch dasselbe Berühmen zu sein, weil es genau so wie früher am nächsten Tage oder in einer anderen Sprache, an einem anderen Orte oder gegenüber anderen Personen stattgefunden hat. Auch hier kommt es vielmehr darauf an, ob Wesen und Wirkung miteinander übereinstimmen. Dies ist, wie die Zulässigkeit der Verbindung einer anderen Anordnung mit der Inanspruchnahme (oben S. 409) wieder nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Ist hiernach die Übereinstimmung anzunehmen, dann bedarf es keiner neuen Inanspruchnahme, sondern es kann auf Grund der bereits erlassenen vollstreckbaren Verfügung vollstreckt, also deren Zweck erreicht werden, wird auch erst ihr Zweck damit erreicht. Sonst ließe sich meist jede Inanspruchnahme leicht vereiteln und müßte dasselbe Spiel immer von vorn beginnen.

Besteht darin, ob noch dieselbe oder eine andere Inanspruchnahme vorliegt, ein Zweifel, so ist hierüber im Vollstreckungsverfahren zu entscheiden, wobei freilich zuzugeben ist, daß wegen dessen jetziger mangelhafter Ausgestaltung ohne Nachprüfung in einem Verwaltungsstreitverfahren das Ergebnis mitunter nicht befriedigen wird. Daneben ist noch das zwar ebenfalls allgemeine und im Erfolge sicherere, aber wegen seiner besonderen Voraussetzungen beschränktere Hilfsmittel gegenüber polizeilichen Verfügungen, wegen eingetretener Änderung der Vorbedingungen für sie ihre Aufhebung zu beantragen und die Ablehnung der Aufhebung als eine neue polizeiliche Verfügung anzufechten, dies auch mittels des Verwaltungsstreitverfahrens, gegeben. In solcher Weise kann namentlich vorgegangen werden, wenn nachträglich der Weg oder sein Teil, deren Öffentlichkeit früher angenommen war, nicht öffentlich geworden oder ein die Öffentlichkeit beschränkendes bürgerliches Recht erworben worden ist.

Digitized by Google

X.

Soweit es sich um die Inanspruchnahme selbst handelt, ist nach der neueren Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts stets an erster Stelle zu untersuchen, ob die von der beklagten Wegepolizeibehörde behauptete Öffentlichkeit, und erst an zweiter Stelle, ob das vom Kläger behauptete entgegenstehende Recht vorhanden ist. Nach anderer Ansicht (Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 38, 1917, S. 501 ff.) ist es lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit, auf welche Weise das Verwaltungsgericht am schnellsten und sichersten zu dem Ziele einer sachgemäßen Beendigung des Rechtsstreits zu gelangen glaubt und gelangen kann. Ist jene Ansicht richtig, so liegt eine Besonderheit für die Inanspruchnahme vor, bei welcher deren beide im sachlichen Ergebnis und für das Verfahren gleichwertige Voraussetzungen entgegen dieser ihrer Gleichwertigkeit in das Verhältnis von nicht nebeneinander Stehendem, sondern nacheinander Folgendem gesetzt werden. Nach der zweiten Ansicht hat man es nicht hiermit, sondern mit einer Regel zu tun, die das Verwaltungsstreitverfahren und überhaupt jedes prozessuale Streitverfahren beherrscht. Wie dem indessen auch sein mag, darauf, daß, wie schon bemerkt worden ist (oben S. 404, 405 und 407), beide Voraussetzungen solche nicht für die Schaffung neuer, sondern nur für die Ermittelung bereits bestehender Rechtsverhältnisse sind, und daß über sie im Verwaltungsstreitverfahren nach der Zeit des Urteils zu befinden ist, hat es keinen Einfluß, welche von den Ansichten richtig ist.

Über beide Voraussetzungen ist stets nur als über Vorfragen des zu treffenden Urteils zu befinden, also entweder in der Form einer auf Abweisung der Klage ergehenden Entscheidung, daß es bei dem Einspruchsbeschluß und der dadurch aufrecht erhaltenen Inanspruchnahmeverfügung verbleibt, oder in der dieselben als ganz ungerechtfertigt außer Kraft setzenden Entscheidung oder in der, weil sie nur zu weit gehen, aber sich teilen lassen, sie einschränkenden, d. i. in dem teilbaren nicht gerechtfertigten Umfang außer Kraft setzenden, im übrigen die Klage abweisenden Entscheidung. Dem ist so, obwohl es im § 56 Abs. 4 ZG. für die Inanspruchnahme mit heißt: „In dem Verwaltungsstreitverfahren ist entstehenden Falles auch darüber zu entscheiden, ob der Weg für einen öffentlichen zu erachten ist", da hiermit nicht eine in der Formel des Urteils und mit deren besonderen Wirkungen auszusprechende Entscheidung gefordert ist. Es sind daher sowohl der Ausspruch über

Digitized by Google

die Öffentlichkeit oder die Nichtöffentlichkeit als auch der über das Vorhandensein oder das Nichtvorhandensein des Rechtes nur Gründe der Entscheidung, die für andere Streitigkeiten sachliche Bedeutung haben können, aber sie sind nicht der eine weitere Prüfung ausschließenden sog. materiellen Rechtskraft fähig, da von ihnen weder der eine noch der andere das ist, was zu dieser Rechtskraft notwendig wäre, nämlich der Gegenstand des Streitverfahrens gewesen zu sein. Dessen Gegenstand bildet allein die Inanspruchnahme als solche. Die Öffentlichkeit des Weges darf also stets wieder einerseits geltend gemacht werden, insbesondere auch durch eine nach dem Mißlingen einer früheren Inanspruchnahme wiederholte Inanspruchnahme, andererseits bestritten werden, das eine wie das andere auf Grund neuer An- und Ausführungen oder auch desselben Tat- und Rechtsbestandes, letzteres freilich in mehr begrifflich möglicher Weise als mit Aussicht auf Erfolg, und es ist über sie von neuem zu entscheiden, ganz frei, mithin unter Umständen auch anders als früher. Ebenso ist es gegenüber dem Rechte.

Wie hinsichtlich der Öffentlichkeit die öffentliche Rechtsordnung, so ist hinsichtlich des behaupteten bürgerlichen Rechtes umgekehrt die bürgerliche Rechtsordnung maßgebend.. In der zweiten Beziehung hat man es mit einem Anwendungsfalle des im § 7 Abs. 1 Satz 2 LVG. anerkannten Grundsatzes: „Die Entscheidungen — der Verwaltungsgerichte und des Oberverwaltungsgerichts — ergehen unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse" zu tun, mit seinen gewöhnlichen Folgen, namentlich auch der, daß der Kläger des von ihm behaupteten bürgerlichen Rechtes durch dessen verwaltungsgerichtliche Verneinung nicht verlustig geht und nicht gehindert ist, es in anderen Fällen auf dem dafür geordneten Wege von neuem geltend zu machen.

Auch sonst greift innerhalb des durch eine Inanspruchnahme veranlaßten Einspruchs- und Verwaltungsstreitverfahrens alles Platz, was für diese Verfahren sonst vorgeschrieben ist. Um hiervon außer dem, daß wie bei der Einziehung öffentlicher Wege (Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 198, 199) auch bei der Inanspruchnahme die Verwaltungsgerichte grundsätzlich die volle sachliche und rechtliche Beurteilung des ganzen Streites in derselben Weise, welche vorher der Wegepolizeibehörde zugestanden hatte, vorzunehmen haben, d. h. sie ganz an die Stelle der Wegepolizeibehörde treten, noch wenigstens etwas zu nennen, sei herausgegriffen, daß im Ver-

Digitized by Google

waltungsstreitverfahren den Parteien keine Beweispflicht im Sinne des Zivilprozeßrechts und mit den zivilprozeßrechtlichen Folgen ihrer Nichterfüllung obliegt. Solches gilt nicht bloß hinsichtlich der Wegepolizeibehörde und bei der von ihr behaupteten Öffentlichkeit des Weges, sondern auch hinsichtlich des Klägers und bei dem von ihm behaupteten bürgerlichen Rechte. Das kann namentlich für das Recht zu einem großen Unterschiede gegenüber dem Falle führen, daß dasselbe Recht in einem bürgerlichen Rechtsstreit und nach den hierfür maßgebenden sog. Prozeßmaximen geltend gemacht worden wäre. Vielmehr hat wegen der sog. Untersuchungsmaxime das Verwaltungsgericht das Recht und die Pflicht zur eigenen Ermittlung und Feststellung, selbstverständlich mit der Hilfe, welche ihm die Parteien zu leisten berufen sind und leisten. Wirkliche Ausnahmen in der Richtung einer Parteibeweispflicht gibt es auch bei der Inanspruchnahme nicht, da unser verwaltungsgerichtliches Prozeßrecht dergleichen nicht kennt. Es hat namentlich die Wegepolizeibehörde eine Beweispflicht für die Öffentlichkeit auch nicht wegen der Person ihres Prozeßgegners oder wegen des von dem letzteren behaupteten bürgerlichen Rechtes und der Art von dessen Behauptung, z. B. nicht, ob es ein Eigentum ist und wie das Recht hierzu geltend gemacht worden ist.

Dagegen ist zwar keine Ausnahme, aber doch für das, was der Verwaltungsrichter zu ermitteln hat und als seine Überzeugung feststellen kann, von großer Bedeutung, daß nach der Rechtsordnung sachliche, auch den Verwaltungsrichter bindende Vermutungen gelten. So tritt, wenn ein dem Kläger an der streitigen Fläche zustehendes Eigentum dargetan oder doch das von ihm behauptete Eigentum so, daß mit einem solchen gerechnet werden muß, anzunehmen ist, die allgemeine, aus dem Wesen des Eigentums als des gleichmäßig nach der bürgerlichen und nach der öffentlichen Rechtsordnung im Gegensatze zu den begrifflich beschränkten anderen Sachenrechten begrifflich, zeitlich und inhaltlich, unbeschränkten umfassenden und ausschließenden Sachenrechts folgende Vermutung ein, es sei frei und unbeschränkt sowohl nach der Richtung hin, daß der Eigentümer über die Sache tatsächlich und rechtlich verfügen kann, als nach der, daß er jeder unmittelbaren oder mittelbaren Einwirkung eines Anderen auf die Sache entgegentreten darf. Diese Vermutung besteht auch bei Grundstücken und gegenüber den Beschränkungen, denen das Eigentum an Grundstücken nach öffent-

Digitized by Google

lichem Rechte unterliegt. Hieraus ergibt sich, daß beim Nachweise des Eigentums die Vermutung widerlegt werden muß, das heißt wegen des Mangels einer Beweispflicht der Wegepolizeibehörde nicht von dieser zu widerlegen ist, sondern ganz abgesehen von jeder Beweislast eine Prüfung stattzufinden hat, hierbei aber es eines besonderen Grundes dafür bedarf, daß und weshalb das Eigentum und seine Ausübung den öffentlichen Verkehr auszuschließen oder zu stören nicht geeignet seien und deshalb trotz seiner die Inanspruchnahme stattfinden dürfe, etwa weil das Eigentum ein noch aus früheren Zeiten fortbestehendes geteiltes Eigentum sei (Art. 181 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche). Abweichend verhält es sich bei den anderen Sachenrechten. Für sie erhellt wegen ihrer Begrenztheit, welche nur in einem bestimmten Umfang eine Herrschaft über die Sache gibt, von selbst, ob und wie sie dem öffentlichen Verkehr entgegenstehen, und für einen besonderen Nachweis hinsichtlich der Zulässigkeit der Inanspruchnahme ist daneben kein Raum mehr.

Bloß ein begrenztes Sachenrecht kommt auch in Betracht, wenn der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut und in einen öffentlichen Weg, etwa mit einem Treppenvorbau, hineingegangen ist. Denn nach den §§ 912ff. BGB. und ebenso für die frühere Zeit nach dem Art. 181 des Einführungsgesetzes hierzu wird dadurch kein Eigentumserwerb an dem Wegekörper bewirkt, sondern höchstens eine Eigentumsbeschränkung, die darin besteht, daß der Eigentümer des Wegekörpers den Überbau dulden muß und nicht dessen Beseitigung verlangen darf, geschaffen. Eine solche Beschränkung aber hindert nicht, die überbaute Fläche, wenn sie öffentlicher Weg oder Teil eines öffentlichen Weges ist, für den öffentlichen Verkehr in Anspruch zu nehmen, weil es hierbei auf das Eigentum am Wegekörper und darauf, ob und wie es bürgerlichrechtlich beschränkt ist, in keiner Weise ankommt.

Mitunter sind auch noch anderweitige Vermutungen zu beachten, so zwar nicht eine solche der unvordenklichen Zeit, die nach unserem Rechte für öffentliche Wege nicht anzuerkennen ist, wohl aber etwa die gesetzliche in dem § 15 der Wegeordnung für die Provinz Posen vom 15. Juli 1907, welche für den beim Deutschen Reiche verbleibenden Teil dieser Provinz noch fortgilt, daß die Verzeichnisse, welche für die Provinzial- und Kreiswege anzulegen und auf

Digitized by Google

dem Laufenden zu erhalten sind und für gewisse Gemeindewege angelegt werden können, vorbehaltlich des Gegenbeweises die Vermutung für die Richtigkeit ihres Inhalts begründen. Auch hier ist aber entsprechend dem vorhin Bemerkten nicht an einen Gegenbeweis in dem Sinne zu denken, daß eine der Parteien die prozessuale Pflicht habe, die Richtigkeit einer sachlich bedeutsamen, aber zweifelhaften oder streitigen Behauptung darzutun, widrigenfalls, also wenn kein Beweis angetreten worden oder der angetretene Beweis ergebnislos geblieben ist, sei es weil gar nichts dargetan wird oder sich die Gründe für und gegen die Wage halten oder sonst nur ein sog. non liquet, d. i. ein nicht vollständig Aufgeklärtes, unsicher Gebliebenes, herausgekommen ist, die Behauptung zu ungunsten der beweispflichtigen Partei als unwahr angesehen werden muß. Vielmehr ist, und dies ist dem Begriffe nach und in der Anwendung etwas Verschiedenes, vom Verwaltungsrichter ohne Rücksicht auf eine derartige Beweislast einer Partei von Amts wegen, somit selbst unter Benutzung der von der Gegenpartei bezeichneten Beweismittel für und gegen die Behauptung, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit zu ermitteln und hieraus die Folge zu ziehen, die freilich beim Nichtgelingen des Beweises nicht immer, aber doch in der Regel zu ungunsten der behauptenden Partei ausfallen wird. Demgemäß ist bei den hier in Rede stehenden Vermutungen mit der Vermutung zu rechnen, und allgemeiner ausgedrückt: wenn die Öffentlichkeit sich in überzeugender Weise nicht feststellen läßt, sind der Einspruchsbeschluß und die Inanspruchnahmeverfügung außer Kraft zu setzen, wenn aber das Recht nicht nachgewiesen wird, hat es bei ihnen zu verbleiben.

Was bei den Vermutungen über das non liquet gesagt worden ist, ist, da die beiden Voraussetzungen der Inanspruchnahme, die Öffentlichkeit und das bürgerliche Recht, den Gegenstand wesentlicher Vorfragen bilden, dahin zu verallgemeinern, daß jedes unentschieden, zweifelhaft Bleiben dem Fehlen der Voraussetzung gleichzustellen ist und bereits dessen Folge haben muß.

XI.

Weil, wie bei der Einziehung öffentlicher Wege (oben S. 402), so auch bei der Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr oft Unzufriedenheit auf seiten der Beteiligten mit dem bestehenden Rechtszustande herrscht (oben a. a. O. und S. 403), ist für

Digitized by Google

die letztere ebenfalls zu untersuchen, ob etwa und was an ihm künftig zu bessern sein möchte.

Bei einer Beurteilung von diesem Standpunkt aus ist zunächst als zweifelsfrei anzusehen, daß die Inanspruchnahme als solche eine unentbehrliche Rechtseinrichtung schon in der noch ziemlich unausgebildeten Gestalt, die sie vordem gehabt hat (siehe zu dieser etwa Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 3 S. 176), gewesen ist und nicht minder in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung, die zu einem großen Teile auf der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts beruht, durchaus unentbehrlich ist, und zwar einerseits zu gunsten der öffentlichen Wege, also der Allgemeinheit, gegenüber Aneignungsversuchen Einzelner und andererseits zu gunsten der Einzelnen und ihrer bürgerlichen Rechte gegenüber einem unberechtigten Bestreben nach Ausdehnung der öffentlichen Wege.

Ebenso unbedenklich ist es, daß sie eine eigenartige für sich bestehende Einrichtung sein und bleiben muß. Dies gilt vor allem auch in Ansehung ihrer beiden wesentlichen Voraussetzungen, dem Vorhandensein eines öffentlichen Weges und der Geltendmachung eines entgegenstehenden bürgerlichen Rechtes. Ohne das erste Erfordernis ließe sich natürlich die Inanspruchnahme überhaupt nicht denken. Ohne das zweite würde sie nicht mehr etwas Besonderes sein, sondern in der Gesamtheit der allgemeinpolizeilichen Obliegenheiten und Verfügungen untergehen. Das aber entspräche weder den Bedürfnissen des Lebens, noch wäre es sonst zweckmäßig. Das bürgerliche Recht, welches jemand hat oder doch zu haben glaubt, insbesondere fände dann den Schutz, der ihm gebührt, nicht im ausreichenden Maße und könnte leicht Schaden leiden. Ein Nachteil kann aus der Behandlung der Inanspruchnahme als etwas Besonderes für niemand entstehen, weil über die Öffentlichkeit und das bürgerliche Recht stets nur im einzelnen Falle als über Vorfragen der Entscheidung zu befinden ist.

Müßte freilich dem zugestimmt werden, was in neuerer Zeit mehrfach aufgestellt worden ist, daß zwischen der öffentlichen, namentlich der verwaltungsrechtlichen, Rechtsordnung und der bürgerlichen Rechtsordnung kein grundsätzlicher Unterschied bestehe, so ließen sich gerade die auf diesem Unterschiede beruhende Absonderung der Inanspruchnahme von den allgemeinpolizeilichen Maßnahmen und ihre Ausgestaltung zu einer Besonderheit nicht festhalten. Indessen jene Auffassung hat bisher wenig Anklang ge-

Digitized by Google

funden und wird ihn auch künftig schwerlich finden. Es bleiben daher nur die Schwierigkeiten einer sicheren Scheidung zwischen den beiden Rechtsordnungen. Diese Schwierigkeiten sind aber nicht unüberwindlich und auch anderweit oft zu überwinden. Sie fallen gegen die Behandlung der Inanspruchnahme als etwas Besonderes umsoweniger ins Gewicht, als sie bei den den öffentlichen Verkehr ausschließenden oder beeinträchtigenden Rechten sehr selten hervortreten können und erfahrungsmäßig auch nur hinsichtlich ihrer Zugehörigkeit zu der einen oder zu der anderen Rechtsordnung zweifellose Rechte, einerseits Eigentum oder Grundgerechtigkeiten, andererseits Befugnisse des Gemeingebrauchs usw., eingewendet werden.

Daß die Polizeibehörde und insbesondere die Wegepolizeibehörde in der bisherigen Weise für die Inanspruchnahme zuständig bleiben, ist ferner solange selbstverständlich, als keine allgemeine Veränderung ihrer Zuständigkeit stattfindet, infolge deren auch die Zuständigkeit für die Inanspruchnahme anders zu ordnen wäre.

Weiter kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Begriff öffentlicher Weg überhaupt und in seinen verschiedenen Arten oder Teilen als Fahrweg, Fußweg, Bürgersteig, Ersatzweg für einen zu Unrecht beseitigten öffentlichen Weg bis zu dessen Wiederherstellung usw. sowie die Merkmale, nach denen die Öffentlichkeit eines Weges zu bestimmen ist, ferner die Begriffe: öffentlicher Verkehr und bürgerliches Recht dieselben sein müssen, welche sie sonst sind. Selbst wenn sich hieran künftig etwas ändern könnte und sollte, was indessen ausgeschlossen erscheint, hätten sie in ihrer geänderten allgemeinen Art ohne weiteres auch für die besondere Einrichtung der Inanspruchnahme zu gelten.

Jede eigene Beurteilung für die Inanspruchnahme und ihre künftige Besserung erledigen sich hiermit in dem vorstehenden Umfange. Eine solche kann sich nur auf das erstrecken, was außer dem bereits Berührten und damit Erledigten noch übrig ist.

XII.

Bei der so beschränkten Nachprüfung scheidet die bei der Einziehung (Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 335—337) in erster Linie wesentliche Frage nach einer Entschädigung aus (oben Nr. II S. 402). Nach dem jetzigen Rechte ist eine Entschädigung niemals zu gewähren. Denn, wie schon erwähnt (daselbst), ist die Bestimmung im Abs. 8

Digitized by Google

des § 56 ZG. ohne alle Bedeutung (Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., Bd. 1 S. 707—708, Friedrichs, Das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 S. 119 Bem. 16). Bei dieser Entschädigungslosigkeit muß es in Zukunft belassen werden. Dies auch für den Fall, daß in einen seit langer Zeit vorhandenen Zustand eingegriffen sein sollte. Denn selbst dann würde ein solcher Zustand noch immer nur ein tatsächlicher, kein berechtigter sein. Für den Verlust dessen, was nicht berechtigt gewesen, also rechtlos genossen worden ist, kann keine Entschädigung beansprucht werden. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, daß derjenige, dem gegenüber die Inanspruchnahme Erfolg gehabt hat, für den ihm dadurch entzogenen tatsächlichen Zustand eine Leistung machen müssen, z. B. die Fläche, die er herausgeben muß, als vermeintlich freies Eigentum gekauft hat. Dann muß ihm indessen überlassen werden, gemäß dem insoweit maßgebenden Rechtsverhältnis eine Ausgleichung seines Schadens zu suchen. Von einer Entschädigung, wie sie hier allein in Frage kommt, d. i. von einer Entschädigung, die für den letzten Schaden zu leisten wäre, und für die lediglich der Staat der Verpflichtete sein würde, kann dagegen keine Rede sein.

Noch weniger vermag der gute Glauben desjenigen, welcher infolge der Inanspruchnahme Schaden erleidet, für ihn einen Grund zur Entschädigung abzugeben, weder für sich allein noch in Verbindung mit anderen begleitenden Umständen. Auch ungeachtet eines guten Glaubens ist, solange die Rechtsordnung kein Recht anerkennt (vgl. unten S. 420, 421), immer nur ein Nichtrecht oder ein Scheinrecht vorhanden und besteht kein Recht, für das zu entschädigen wäre. Eine Entschädigung wegen des guten Glaubens ließe sich überdies nie schlechthin anerkennen. Denn dabei würden alle Verschiedenheiten, auf denen der gute Glauben beruhen kann, wie rechtlicher oder tatsächlicher Irrtum, Fahrlässigkeit oder Nichtfahrlässigkeit, unbeachtet bleiben, und selbst die unentschuldbare Unkenntnis und die gröbste Fahrlässigkeit müßten entschädigt werden, was gewiß nicht angeht. Unterschiede zu machen, die sich bei der Anwendung als durchführbar erweisen, ist aber nicht möglich.

Für eine Entschädigung wäre auch dann kein Raum, wenn die Wegepolizeibehörde unter Umständen bereits einen tatsächlichen Besitzstand und nicht erst den rechtlichen Bestand eines öffentlichen Weges zu schützen befugt sein (vgl. Germershausen a. a. O.

Digitized by Google

S. 703) oder eine Rechtsvermutung der unvordenklichen Zeit gelten (vgl. oben S. 415) oder künftig das eine oder das andere eingeführt werden sollte. Denn von jedem dieser Fälle wird lediglich berührt, ob das Vorgehen der Wegepolizeibehörde von dem Gesichtspunkte der Eigenschaft des Weges aus zulässig war. Ist es dies nicht, so scheidet die Entschädigungsfrage von selbst aus. Ist es dagegen zulässig, so hängt sie allein von dem eingewendeten bürgerlichen Rechte und davon ab, ob dieses Recht vorhanden oder nicht vorhanden ist, und hiermit hat keiner der Fälle etwas zu tun.

Auch an den Gründen für und gegen die Inanspruchnahme läßt sich nichts ändern.

Das liegt, soweit es sich um die Öffentlichkeit der Fläche handelt, auf der Hand. Denn was noch nicht öffentlich ist, kann nicht für den öffentlichen Verkehr in Anspruch genommen werden. Was aber bereits öffentlich ist, muß ohne Beschränkungen in Anspruch genommen werden dürfen. Allerdings wird hierdurch der Polizei ein weitgehendes pflichtmäßiges Ermessen bei der Übung des Rechtes und der Pflicht zur Inanspruchnahme im einzelnen Falle zugestanden. Allein ein solches Ermessen ist auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, insonderheit des Polizeirechts, überhaupt nicht und namentlich nicht bei der Inanspruchnahme zu vermeiden, geht auch bei der letzteren keineswegs über das allgemein Übliche und Notwendige hinaus. Es kann vor allem nicht eine unbedingte Pflicht zur Inanspruchnahme in jedem Falle, wo ein Recht dazu vorhanden ist, vorgeschrieben werden.

Ebenso ist selbstverständlich, daß ein bürgerliches Recht, welches dem öffentlichen Verkehr entgegensteht, die Inanspruchnahme hindern muß. Es kann nicht daran gedacht werden, daß das Recht, weil es der bürgerlichen Rechtsordnung angehört, zu weichen hat; denn bürgerliche und öffentliche Rechtsordnung sind einander grundsätzlich gleichwertig, und zu einem Abgehen von diesem Grundsatze fehlt bei der Inanspruchnahme jeder Anlaß. Fragen könnte sich allein, ob einem bürgerlichen Rechte nicht auch ein seit langem bestehender tatsächlicher Zustand, der, wenn er ein Recht wäre, der bürgerlichen Rechtsordnung angehören würde, gleichgestellt werden könnte. Ganz abgesehen davon, daß es kaum ausführbar sein möchte, die für die Gleichstellung notwendige Dauer des Zustandes einigermaßen richtig abzugrenzen, gilt auch hier, daß, so lange nicht nach der Rechtsordnung infolge von Ersitzung, Verjährung, öffentlichem

Digitized by Google

Glauben des Grundbuchs usw. ein ursprüngliches Unrecht zu einem Rechte geworden ist, hundert Jahre Unrecht noch kein Recht machen und besonders nicht zum Schaden der Allgemeinheit Recht machen können. Da für den Verlust eines tatsächlichen Zustandes nicht deshalb, weil er lange bestanden hat, Entschädigung zu leisten ist (vorstehend S. 419), so kann ein solcher Zustand auch keinen Grund gegen die Inanspruchnahme bilden. Beides steht in innerem Zusammenhange miteinander wie bei der Einziehung öffentlicher Wege (Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 342), so bei deren Kehrseite (oben S. 402), der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr.

Es ist jedoch noch sonst zu untersuchen, ob nicht eine Besserung des jetzigen Rechtszustandes geboten oder angemessen ist. Auch hierbei tritt wieder der große sachliche Zusammenhang zwischen der Wegeeinziehung und der Inanspruchnahme hervor mit teils einem gleichen teils einem ungleichen Ergebnisse.

XIII.

Eine Besserung ist nun zunächst auch für die Inanspruchnahme hinsichtlich des Einspruchs dahin zu fordern, daß er ganz beseitigt werde. Die Gründe, aus denen seine Beseitigung für die Einziehung öffentlicher Wege befürwortet worden ist (Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 345), treffen gleichmäßig für die Inanspruchnahme zu. Für die letztere werden um so weniger Bedenken bestehen, als die Beseitigung hierfür bereits in dem Entwurf einer Novelle zum Landesverwaltungsgesetze vertreten gewesen und vom Herrenhaus angenommen worden ist (a. a. O.). Mit ihr fallen die vielen und großen Unzuträglichkeiten fort, zu denen der verzeihliche Mangel eines Verständnisses dafür, daß statt des allgemeinen Rechtsbehelfes der Beschwerde oder der sofortigen Verwaltungsklage der besondere Rechtsbehelf des Einspruchs zu benutzen war, führt, und daß deshalb irrtümlich der Einspruch unterlassen worden ist. Ein solcher Mangel ist um so mehr möglich und entschuldbar, als die Verteidigung gegen die erlassene polizeiliche Verfügung, welche erst ergibt, ob man es mit einer Inanspruchnahme zu tun hat, nicht bloß oft zweifelhaft ist, sondern mit ihr auch gewechselt werden darf (oben Nr. IV—VI S. 404 bis 408), diese Ungewißheit und dieses Schwanken aber leicht zur Folge haben können, daß die vorschriftsmäßige, namentlich rechtzeitige Erfüllung der Pflicht zum Einspruche versäumt und dadurch der Schutz des Verwaltungsstreitverfahrens verloren wird. Daß

Digitized by Google

hiergegen die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand trotz ihrer verhältnismäßig nicht großen Schwierigkeit (§ 52 Abs. 2 LVG.) und die Bestimmungen über die Einlegung des Einspruchs (§ 56 Abs. 2 und 3 ZG.) keine ausreichende Hilfe gewähren, bedarf bloß der Erwähnung. Nur das sei noch betont, daß erfahrungsmäßig nicht nur die Wegepolizeibehörden den Inanspruchnahmeverfügungen öfter eine unrichtige Belehrung über das dagegen zulässige Rechtsmittel hinzufügen, sondern selbst höhere Verwaltungsbehörden wie Regierungspräsidenten und Oberpräsidenten nicht ganz selten das Vorhandensein einer Inanspruchnahme und infolgedessen die Notwendigkeit des Einspruchs verkennen und auf eine statt des Einspruchs eingelegte Beschwerde einen sachlichen Bescheid erteilen, der dann in dem darauf angestellten Verwaltungsstreitverfahren als unzulässig aufgehoben werden muß.

XIV.

Daß das jetzt bei der Inanspruchnahme eröffnete Verwaltungsstreitverfahren sich ganz beseitigen lasse, kann nicht in Frage kommen. Möglich aber ist in doppelter Richtung, einschränkend und erweiternd, es zu ändern, und demgemäß wird es auch zu ändern sein.

Zwar eignen sich Vorschriften, wie sie in dem § 11 des hannöverschen Gesetzes über die Gemeindewege und Landstraßen vom 28. Juli 1851 und in den §§ 11, 12 und 14 des Gesetzes vom 24. Mai 1894, betreffend Änderungen der Wegegesetzgebung in der Provinz Hannover, dahin getroffen worden sind, daß die Gemeinde beschließt, ob ein Gemeindeweg anzulegen, zu verlegen oder aufzugeben oder ein Privatweg unter die Klasse der Gemeindewege zu versetzen ist, daß dies auf selbständige Gutsbezirke gleichmäßig Anwendung findet, und daß über die Aufnahme eines Weges unter die Landstraßen und die Verweisung eines Weges aus der Klasse der Landstraßen der Kreistag beschließt, nicht zur Nachbildung. Denn es sei dabei die örtliche Lage oder die Unterhaltungspflicht als entscheidend anzusehen, immer bleiben zahlreiche öffentliche Wege übrig, für die sich nichts Entsprechendes bestimmen läßt, und eine gleichmäßige erschöpfende Vorschrift wäre nicht möglich. Vor allem aber sind die öffentlichen Wege, so groß auch ihre Bedeutung für die Gemeinden und die diesen ähnlichen öffentlichrechtlichen Verbände sein mag, doch niemals in dem Maße Gemeinde- oder Verbandseinrichtungen, daß man die Entscheidung über sie, ihre Entstehung

Digitized by Google

sowie ihren Fortbestand, ihre Unterhaltung usw. den Gemeinden und Verbänden überlassen könnte. Wohl aber gibt es eine Anzahl von anderen Vorschriften, die zur Nachahmung und weiteren Ausbildung benutzbar sind.

Nach dem Wassergesetze vom 7. April 1913 gibt es außer Verzeichnissen der Wasserläufe Wasserbücher, für welche letzteren bestimmt ist, daß die Eintragungen in ihnen sowohl für Rechte am Wasserlaufe wie für Unterhaltungspflichten bis zum Beweise des Gegenteils als richtig gelten (§ 190 dieses Gesetzes). Damit werden in nicht unerheblichem Umfange die Rechtsverhältnisse der Wasserläufe allgemein für alle Beteiligten, also deren Rechte und Pflichten, klargestellt, allerdings nicht in dem weiten Maße, das den Eintragungen im Grundbuche durch dessen öffentlichen Glauben beigelegt ist (§ 892 BGB.) und den Inhalt des Grundbuchs derart zu einem richtigen macht, daß der gutgläubige Erwerber eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes unbedingt geschützt wird, auch wenn das Recht in Wirklichkeit nicht besteht. Immerhin wird jedoch den Bedürfnissen des Lebens Rechnung getragen.

Für das Wegerecht haben schon vor dem Wassergesetz ähnliche, jedoch räumlich und sachlich wenig entwickelte Einrichtungen bestanden und bestehen noch fort. Es bestimmen der § 237 der Wegeverordnung für die Herzogtümer Schleswig und Holstein vom 1. März 1842:

> Die Distriktsobrigkeit hat, in Verbindung mit einer Revision der bisher zu Grunde gelegten Verzeichnisse der Nebenwege, für jede Kommune ein Verzeichnis der daselbst bestehenden öffentlichen Fußsteige durch die Lokalwegebehörden, unter Zuziehung einiger, vorzugsweise aus den Schul- und Kirchenvorstehern der Kommune zu wählenden, älteren Gemeindemitglieder, entwerfen zu lassen und daraus, nach summarischer Erledigung etwaiger Zweifelspunkte, ein Hauptverzeichnis für den ganzen Distrikt zusammenzustellen und mit dem revidierten Verzeichnisse der Nebenwege an Unsere schleswig-holsteinische Regierung einzusenden.,

der § 10 des hannöverschen Gesetzes über die Gemeindewege und Landstraßen vom 28. Juli 1851:

> In jeder Gemeinde ist ein vollständiges Verzeichnis der vorhandenen Gemeindewege anzulegen und in Ordnung zu halten. Demselben ist beizufügen:
> 1. die nötige Beschreibung der Wege und deren Zubehörungen;
> 2. die Vermerkung der wegen des Gebrauchs derselben getroffenen Anordnungen (§ 17);

Digitized by Google

3. die Bezeichnung der Unterhaltungspflicht in Ansehung derjenigen Wege, welche nicht die ganze Gemeinde angehen (§ 24 Ziff. 2).

Das Verzeichnis und die Abänderungen desselben sind obrigkeitlich zu beglaubigen.,

der § 5 der Wegeordnung für das Herzogtum Lauenburg vom 7. Februar 1876:

Über die Haupt- und Nebenwege sowie über die öffentlichen Fußwege sollen von den Wegepolizeibehörden unter Mitwirkung des Landesbauinspektors und der Guts- resp. Gemeindevorsteher Verzeichnisse binnen Jahresfrist nach Publikation dieses Gesetzes aufgestellt werden und sind diese Verzeichnisse dem Landrat einzureichen.

Die festgestellten Verzeichnisse sowie deren spätere Abänderungen werden vom Landrat in dem offiziellen Wochenblatte publiziert. Zu diesem Zwecke haben die Guts- resp. Gemeindevorsteher die Verzeichnisse fortzuführen und vorkommende Abänderungen bei der Wegepolizeibehörde anzumelden.,

und der § 12 Abs. 2 des Kunststraßengesetzes vom 20. Juni 1887:

Ein Verzeichnis derjenigen Kunststraßen, auf welche demgemäß — d. i. gemäß dem Abs. 1 des § 12 — die Bestimmungen dieses Gesetzes Anwendung finden, ist von dem Oberpräsidenten durch das Amtsblatt derjenigen Regierung, in deren Bezirke die Straße liegt, zu veröffentlichen. Ingleichen jede Erweiterung und jede anderweite Abänderung dieses Verzeichnisses.

Vorschriften über gleichartige Verzeichnisse sind auch im Gebiete des rheinischen Wegerechts vorhanden (siehe Ecker, Rheinisches Wegerecht, Sachregister unter dem Schlagworte „Verzeichnis"). Von den neuesten drei provinziellen Wegeordnungen schreiben die für Westpreußen vom 27. September 1905 im § 16, die für Posen vom 15. Juli 1907 im § 15 (vgl. hierzu oben S. 415) und die für Ostpreußen vom 10. Juli 1911 im § 22 übereinstimmend vor:

Für die Provinzial- und Kreiswege sind Verzeichnisse anzulegen und auf dem Laufenden zu erhalten. Ebenso können Gemeindewegeverzeichnisse angelegt werden, deren Eigenschaft als Gemeindeweg nach dem Einverständnisse der Rechtsbeteiligten oder zufolge rechtskräftiger Urteile, die unter Zuziehung der Rechtsbeteiligten ergangen sind, als feststehend zu erachten ist.

Die Verzeichnisse und ihre Abänderungen und Ergänzungen sind durch das Amts- und das Kreisblatt bekanntzumachen.

Die Verzeichnisse begründen, vorbehaltlich des Gegenbeweises, die Vermutung für die Richtigkeit ihres Inhalts.

In der Wegeordnung für Westpreußen fehlt jedoch der zweite Satz. In anderen preußischen Provinzen ist wenigstens für einzelne

Digitized by Google

Kreise und Bezirke durch Polizeiverordnungen die Aufstellung von Katastern der vorhandenen öffentlichen Wege angeordnet und geregelt worden.

Die Bedeutung alles dessen, was hiernach die Wegeverzeichnisse betrifft, ist sehr verschieden. Soweit Gesetze vorhanden sind und ihnen bestimmte rechtliche Wirkungen beilegen, hat es natürlich hierbei sein Bewenden. Im übrigen hat man es bloß mit Dienstvorschriften (Reglements) zu tun, und die Verzeichnisse haben auch deshalb bloß den verhältnismäßig geringen Wert, welchen solche Dienstvorschriften zu schaffen vermögen. Teilweise wird nicht einmal dieser Wert anzuerkennen, sondern höchstens der eines Beweismittels für die Öffentlichkeit eines Weges und für eine bestehende Pflicht zu dessen Unterhaltung zuzugeben sein (vgl. Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., Bd. 1 S. 33—34, und jetzt noch Lassar, Grundbegriffe des preußischen Wegerechts S. 106—110). Immer aber gibt doch dasjenige, was auf dem Gebiete des Wasserrechts und des Wegerechts bereits besteht, so höchst mangelhaft es teilweise ist, ein geeignetes Mittel an die Hand, durch seine weitere Ausbildung die vielen Zweifel und Streitigkeiten, zu welchen die Unsicherheit der Öffentlichkeit von Wegen unmittelbar oder wie bei der Inanspruchnahme mittelbar als Vorfrage führt, so weit es irgend möglich ist, wenn nicht völlig auszuschließen, so doch erheblich zu vermindern. Es muß daher auf dieses Mittel nicht bloß hingewiesen, sondern es zugleich dringend befürwortet werden.

Das Nähere, namentlich wie die Einzelheiten der Wegeverzeichnisse (Wegebücher) zu bestimmen sind, gehört nicht hierher, da die Wegeverzeichnisse eben nicht bloß für die Inanspruchnahme in Betracht kommen, sondern eine ganz allgemeine Bedeutung haben. Hervorgehoben sei nur, daß, wenn sie ihren Zweck erreichen sollen, ihre Herstellung und Fortführung, ihr Inhalt und die Wirkung der Eintragungen in ihnen nicht einem Ermessen oder Belieben überlassen werden dürfen, sondern allgemein durch Gesetz genau klargestellt und bindend vorgeschrieben werden müssen. Um aber dies zu tun, namentlich um die Wirkung der Eintragungen dahin, daß die letzteren, wenn die Verzeichnisse nicht sogar mit öffentlichem Glauben im Sinne des § 892 BGB. auszustatten sind, so doch ihnen wenigstens die Vermutung der Richtigkeit beigelegt wird, bestimmen zu dürfen, ist ein vorhergehendes Verfahren unentbehrlich, welches ge-

Digitized by Google

eignet ist, eine Gewähr zu bieten für die Zulassung der Richtigkeit außer bei eingetragenem Widerspruche gegen die Richtigkeit oder Kenntnis der Unrichtigkeit bezw. für die der nur, wenn ein Gegenbeweis geführt wird, ausgeschlossenen Vermutung. Ein solches Verfahren ist nicht das für Streitigkeiten unter einzelnen sich gegenüberstehenden Parteien dienende Verwaltungsstreitverfahren, geschweige denn ein zivilprozessuales Verfahren. Wohl aber ist es das Beschlußverfahren, welches mit seiner freien Beweglichkeit und weiten Ausdehnbarkeit auf alle Beteiligten ermöglicht, einerseits zu einem richtigen Ergebnisse dafür, ob eine Fläche ein öffentlicher Weg und wie er es ist, zu gelangen, und andererseits das gewonnene Ergebnis für und gegen alle wirken zu lassen, zumal, wenn es, was unschwer ausführbar sein möchte, für seine über die jetzigen hinaus erweiterten Zwecke angemessen ausgebildet wird. Allerdings fehlt es an dem, wofür das Beschlußverfahren sich empfiehlt, dem Berücksichtigen von allgemeinen und wirtschaftlichen Verhältnissen, dem Abwägen von einander gegenüberstehenden Ansprüchen und dem Schaffen eines neuen Rechtszustandes, meist in mehr oder weniger hohem Grade. Indessen kommt es für die Frage der Öffentlichkeit und ihres Umfanges doch oft auch mit auf ein Bedürfnis und die Zweckmäßigkeit an, wofür sich das Beschlußverfahren gleichfalls besonders eignet. Vor allem aber ist wegen der allgemeinen und großen Wirkungen des Inhalts der Wegeverzeichnisse das Beschlußverfahren weit besser am Platze als das gewöhnliche Verwaltungsverfahren, welches sonst allein übrig bliebe. Es sei insoweit noch auf die Ausführungen für die Wegeeinziehung im Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 345, die wegen des Zusammenhanges der Wegeeinziehung mit der Inanspruchnahme auch für die letztere zutreffen, Bezug genommen, und die neuerliche Anerkennung des Wertes unseres Beschlußverfahrens außerhalb Preußens durch Laun, Zum Neuaufbau Deutsch-Österreichs und des neuen Deutschlands S. 29, erwähnt.

Werden künftig die Wegeverzeichnisse, die sei es für jede einzelne Gemeinde sei es einheitlich für größere Bezirke anzulegen und auf dem Laufenden zu erhalten sind, mit öffentlichem Glauben oder mindestens mit der Vermutung der Richtigkeit dafür, ob und in welchem Umfange eine Fläche öffentlich oder nicht öffentlich ist, und wenn sie öffentlich ist, ob und welche bürgerlichen Rechte an ihr bestehen oder nicht bestehen, ausgestattet, so werden die jetzigen

Digitized by Google

vielen Zweifel und Streitigkeiten bei der Inanspruchnahme wenn schon nicht ganz, so doch zu einem großen Teile aufhören, und ein berechtigter Grund zur Unzufriedenheit wird bei ihr nicht mehr gegeben sein.

XV.

Wird in der vorstehend angedeuteten Weise mit der und durch die Besserung des ganzen Wegerechts zugleich das besondere Recht der Inanspruchnahme gebessert, so hat in dem letzteren das bisherige Verwaltungsstreitverfahren einen großen Teil seines Anwendungsgebiets verloren und bleibt dafür nur noch ein beschränkter Raum. Ganz entbehren läßt es sich indessen keineswegs.

Selbstverständlich muß das Verwaltungsstreitverfahren noch in der Übergangszeit bis zur Herstellung der Wegeverzeichnisse (Wegebücher), also noch für längere Zeit, fortbestehen. Aber auch nachher, wenn die Eintragungen in ihnen mit öffentlichem Glauben im Sinne des § 892 BGB. oder mit der Vermutung der Richtigkeit versehen sind, ist es noch notwendig, um dadurch die Möglichkeit eines Mangels des Glaubens oder einer Widerlegung der Vermutung zu eröffnen. Sodann können die Wegeverzeichnisse, welches auch die Wirkung der Eintragungen in ihnen sein mag, doch immer nur die Bedeutung haben, daß das, was darin enthalten ist, als bestehend und das, was darin nicht enthalten ist, als nicht bestehend gilt. Damit ist indessen noch nicht alles, was für die und durch die Inanspruchnahme in Frage kommen kann, gedeckt, sondern es bedarf der Inhalt des Wegeverzeichnisses oft einer weiteren Ausfüllung. Das gilt zunächst hinsichtlich der Öffentlichkeit. Denn es ist insoweit doch immer nur festgestellt, daß die Fläche, die im Wegebuch enthalten ist, öffentlich sei, und daß die, die in ihm nicht enthalten ist, nicht öffentlich sei. Aber in dem einen wie in dem anderen Falle wird oft ihr Umfang zweifelhaft sein können und noch der ergänzenden Ermittlung bedürfen. Es ist z. B. nur die Länge des Weges als von A. bis B. reichend, aber die Breite gar nicht oder nur teilweise angegeben oder die Breite verschieden für seine einzelnen Strecken bezeichnet. Dann kann darüber gestritten werden, bleibt also noch zu ermitteln, wo A. anfängt und B. endet, und ob eine Fläche zwischen A. und B. liegt, beziehungsweise, ob die Fläche noch in der nicht angegebenen Breite oder in welcher von den angegebenen Breiten sich befindet. Behauptet hiernach die Wegepolizeibehörde die Öffentlichkeit für eine Fläche und wird diese

Digitized by Google

Öffentlichkeit wegen freien Eigentums an der Fläche in Abrede gestellt, so ist darüber ein Verwaltungsstreitverfahren möglich. Ebenso kann es in Ansehung des bürgerlichen Rechtes stattfinden. Denn wenn auch das Recht nicht bloß bezeichnet, sondern zugleich dafür seine Tragweite eingehend angegeben sein mag, oft wird jedoch nicht unzweifelhaft sein, ob und wieweit es ein der bürgerlichen Rechtsordnung und nicht ein der öffentlichen Rechtsordnung angehörendes Recht ist, welches für die Inanspruchnahme so ausscheidet, daß sich das Vorhandensein einer solchen erledigt.

Soweit hiernach noch für ein Verwaltungsstreitverfahren Raum ist, wird es auch bei ihm zu belassen sein. Denn da hierbei ein wirklicher Streit zwischen einander gegenüber stehenden bestimmten einzelnen Beteiligten, der Wegepolizeibehörde und demjenigen, der die Inanspruchnahme durch Geltendmachung eines ihm zustehenden Rechtes abwenden will, stattfindet, so ist das Beschlußverfahren nicht angezeigt. Auch der Zivilprozeß ist es nicht, weil über die Öffentlichkeit einer Fläche zu entscheiden ist und dies sachgemäß nur von einer Stelle aus geschehen kann, die das ganze öffentliche Wegerecht beherrscht, derartige Stellen aber die ordentlichen Gerichte nicht sind. Allerdings sind auf der anderen Seite auch die Verwaltungsgerichte an sich nicht berufen, auf dem Gebiete der bürgerlichen Rechtsordnung Entscheidungen zu treffen. Indessen dies stimmt doch höchstens für ihre ursprüngliche, nicht aber mehr für ihre jetzige Zuständigkeit. Gegenwärtig haben die Verwaltungsgerichte außerordentlich oft sich mit bürgerlichrechtlichen Verhältnissen zu befassen, sogar als dem eigentlichen Gegenstand ihrer Entscheidung, z. B. bei Streitigkeiten der Beteiligten über den Ersatz von Kosten für die Unterhaltung eines öffentlichen Weges, und vor allem als Zwischenfragen in zahlreichen Streitigkeiten, darunter besonders über Steuern und Abgaben, und sie werden auch künftig damit viel befaßt sein. Soweit bisher die Verwaltungsgerichte sich mit bürgerlichrechtlichen Fragen zu beschäftigen gehabt haben, ist außer Zweifel, daß sie diese Aufgabe zur allseitig vollsten Zufriedenheit erfüllt haben. Man darf deshalb das Vertrauen haben, daß es in Zukunft ebenso sein wird, und kann ihnen unbesorgt ihre bisherige Zuständigkeit in der Einschränkung weiter lassen, die sie aus den anderen Gründen und in der anderen Weise, von der vorhin die Rede gewesen ist, zu erfahren hat. Für das bürgerliche Recht diese Zuständigkeit zu beseitigen, ist umsomehr ausgeschlossen,

Digitized by Google

als insoweit nur die ordentlichen Gerichte eintreten könnten und dadurch das Verfahren derartig zerrissen werden würde, daß die Inanspruchnahme gar nicht mehr als solche fortzubestehen vermöchte.

XVI.

Es ist nun noch die Frage zu beantworten, ob an dem Verwaltungsstreitverfahren, wie es künftig zu üben sein wird, nicht noch einzelnes gebessert werden muß oder kann. Hierbei ist selbstverständlich, daß alle Besserungen oder für solche erachteten Änderungen, welche mit ihm allgemein vorgenommen werden sollten, grundsätzlich auch dem Verwaltungsstreitverfahren bei einer Inanspruchnahme zu gute kommen. Davon würden namentlich auch diejenigen, welche die Stellung des Oberverwaltungsgerichts im Instanzenzug und die Revisionsinstanz betreffen, an sich nicht auszunehmen sein. Im übrigen sei nur kurz noch das Folgende bemerkt.

Die sachlich bedeutungsvolle Ausgedehntheit der Obliegenheiten der Verwaltungsgerichte, wonach von diesen bei der Inanspruchnahme eine ganz allgemeine, das Rechtliche wie das Tatsächliche umfassende Prüfung des Streites vorzunehmen ist, hat auch künftig fortzudauern, selbst wenn es gegenüber den allgemeinpolizeilichen Verfügungen bei der ausnahmsweisen Beschränktheit auf die tatsächlichen Voraussetzungen und das Rechtliche belassen werden sollte. Denn jene Ausgedehntheit hat sich durchaus bewährt; sie ist auch durch das Wesen der Öffentlichkeit und das des Rechtes, die zu prüfen sind, von selbst gegeben. Bei dem Rechte könnte von einer Beschränktheit nach Art derjenigen für die allgemeinpolizeilichen Verfügungen überhaupt keine Rede sein. Damit ist sie auch für die Öffentlichkeit ausgeschlossen.

Daß für die Öffentlichkeit keine Beweispflicht eingeführt werden kann, ist selbstverständlich. Aber auch für das bürgerliche Recht muß es bei der Untersuchungsmaxime verbleiben, obwohl nicht zu verkennen ist, daß die dabei gegebene Möglichkeit widersprechender Beurteilungen (oben S. 414) befremdend ist und leicht recht unerfreulich wirkt. Das Gleiche kann, wennschon tatsächlich nicht so oft, aber begrifflich doch in eben derselben Weise bei der Öffentlichkeit eintreten und läßt sich hier nicht ändern. Bei dem Rechte aber ist es nur ebenso wie in den vielen sonstigen Fällen, in welchen die Verwaltungsgerichte bürgerlichrechtliche Fragen zu beantworten haben und die Verschiedenheit der Prozeßgrundsätze zu abweichenden

Digitized by Google

Ergebnissen nicht nur zu führen vermag, sondern häufig auch führt. Bei diesen sonstigen Fällen ist wiederum eine Änderung nicht möglich. Sie ist deshalb bei der Inanspruchnahme, für die es an besonderen, ihr eigenen Gründen, anders zu verfahren, fehlt, vielmehr nur Gründe der gleichmäßigen Behandlung bestehen, ebenfalls unmöglich.

Sollte das Verwaltungsstreitverfahren wegen eines polizeilichen Gebots oder Verbots und der Versagung einer polizeilichen Erlaubnis allgemein auf die Ablehnung eines polizeilichen Einschreitens ausgedehnt werden, so würde es infolge hiervon auch auf die Ablehnung des Verlangens einer Inanspruchnahme, wie es öfter vorkommt, z. B. namentlich seitens einer Gemeinde wegen der Wichtigkeit, die der vermeintlich öffentliche Weg für sie oder ihre Mitglieder habe, auszudehnen sein. Denn es mangelt an einem Grunde, die Ausdehnung ausnahmsweise gerade für die Inanspruchnahme auszuschließen. Führt das Verwaltungsstreitverfahren, welches dann stattgefunden hat, nicht zu einer Inanspruchnahme, so hat die Ausdehnung keine Bedeutung für die Einrichtung der Inanspruchnahme. Führt es dagegen zu einer Inanspruchnahme, so ist nicht abzusehen, weshalb diese anders zu behandeln sein sollte als diejenige, welche von der Wegepolizeibehörde lediglich aus eigenem Antrieb und nach eigenem Ermessen vorgenommen worden ist. Für die oben S. 411 erwähnte Ablehnung eines Antrags auf Aufhebung der Inanspruchnahme wegen veränderter Umstände versteht es sich von selbst, daß an der dafür bereits jetzt bestehenden Zulässigkeit des Verwaltungsstreitverfahrens festzuhalten ist.

Für eine Erweiterung des Rechtes und der Pflicht der Verwaltungsgerichte zur Prüfung auch von Rechten, die nicht der bürgerlichen Rechtsordnung angehören, bei der Inanspruchnahme ist kein Anlaß gegeben. Sie hätte zur Voraussetzung, daß ein derartiges Recht überhaupt mit Erfolg eingewendet werden dürfte. Damit aber wäre der Inanspruchnahme ihre Eigenart genommen, und sie hörte auf, etwas Besonderes zu sein. Die Folge, und zwar eine unabweisbare Folge hiervon wäre, daß die Inanspruchnahme als etwas für sich Bestehendes aufhörte. Damit würde sich dann nicht nur die bisherige Beschränktheit der Aufgabe der Verwaltungsgerichte in dem durch eine Inanspruchnahme veranlaßten Verwaltungsstreitverfahren auf bürgerliche Rechte, sondern dieses besondere Verwaltungsstreitverfahren überhaupt erledigen.

Digitized by Google

Für eine Popularklage über das hinaus, wofür sie allgemein zugelassen ist oder noch zugelassen werden möchte, besteht bei der Inanspruchnahme kein Bedürfnis. Durch den besonderen Erlaß einer Inanspruchnahmeverfügung an den, der die Fläche für den öffentlichen Verkehr heraus- oder freigeben soll, welche Verfügung auch ferner unentbehrlich ist, wird ausreichend dafür gesorgt, daß jeder, der dieses Vorhaben glaubt anfechten zu können, von ihm Kenntnis erhält und in die Lage gelangt, sich selbst der Klage für sich bedienen zu können, daß also andere nicht für ihn zu sorgen brauchen.

Eine Ausdehnung des Verwaltungsstreitverfahrens auf die gesamte Zwangsvollstreckung in polizeilichen Angelegenheiten hat auch bei der Inanspruchnahme einzutreten, bei der dafür ebenfalls ein Bedürfnis besteht (vgl. oben S. 411). Bei ihr kann es gerade leicht vorkommen, daß die Vollstreckung unrichtig geschieht, namentlich weiter geht, als sie gehen darf, und dagegen nicht der gegenwärtig allein eröffnete Aufsichtsweg, sondern nur das Verwaltungsstreitverfahren die erforderliche Hilfe bietet (vgl. hierzu Juristische Wochenschrift 48. Jahrg., 1919, S. 142 unter Nr. 8).

Digitized by Google

B. Besprechungen.

22. Justizrat Dr. Bruno Friedländer, Rechtsanwalt in Berlin, Das preußische Tumultschadengesetz, 1919, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 48 S. Preis 1,20 *M*.

Die preußische Gesetzgebung aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts erlebt in unseren Tagen eine unerwartete Renaissance. Nach einer Herrschaft des Belagerungszustandgesetzes von unerhörter Dauer und Schwere, die immer noch kein Ende finden kann, hat durch die Spartakusunruhen das Tumultschadengesetz so zahlreiche Anwendungsfälle gefunden, daß beispielsweise am Berliner Landgericht I gegenwärtig eine Zivilkammer ausschließlich mit der Entscheidung dieser Art von Rechtsstreiten befaßt ist. Dementsprechend hat auch die juristische Literatur diesem lange im Verborgenen blühenden Zweige des Rechtes neues Interesse zugewendet und bereits mehrere Kommentare zu dem kleinen, nur sieben Paragraphen zählenden Gesetze hervorgebracht. Die Arbeit von Friedländer bietet in übersichtlicher Anordnung praktische und zutreffende Anmerkungen, die auf gründlicher Verwertung der Gesetzesgeschichte und der zeitlich und örtlich sehr zerstreuten Rechtsprechung sowie auf verständiger Würdigung der Zeitereignisse beruhen. Insbesondere verdient der Verfasser volle Zustimmung, wenn er in dem springenden und für die Gegenwart maßgebenden Punkte die Anwendbarkeit des Gesetzes auf die sogenannten Spartakusschäden bejaht. Weder die Ausdehnung der Unruhen noch der Umfang der mit militärischer Hilfe durchgeführten Gegenmaßnahmen beraubt die ersteren des innerpolitischen, die letzteren des sicherheitspolizeilichen Charakters, der in § 1 des Gesetzes vorausgesetzt wird und den begrifflichen Unterschied vom Kriege gegen den äußeren Feind bildet. Mit Recht lehnt Friedländer deshalb auch die Anwendung des Kriegsschädenfeststellungs-Gesetzes auf diese Revolutionsunruhen und die dadurch verursachten Beschädigungen ab. Seine ebenfalls zutreffend begründeten Zweifel über die Ersatzpflicht bei den Schäden, die durch die Unruhen an der Ostgrenze erwuchsen, werden leider durch die Zurückdrängung der deutschen Grenze zum großen Teile für deutsches Recht und Gericht gegenstandslos.

Berlin. Dr. Lindenau.

Digitized by Google

23. Rausnitz, Julius, Das neue Recht der Hausangestellten (früher Gesinderecht). Berlin 1919. Carl Heymanns Verlag. 112 S. Preis 3 M.

Das Buch kommt einem augenblicklichen Bedürfnis entgegen, da durch den Erlaß der Volksbeauftragten vom 12. November 1918 die Gesindeordnungen beseitigt sind. Es gelten nunmehr für die Dienstboten, die jetzt Hausangestellte heißen wollen, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag (§§ 611 ff.). Diese nehmen aber zu wenig Rücksicht auf den Umstand, daß der Dienstverpflichtete mit dem Dienstberechtigten die häusliche Gemeinschaft teilt. Es wird deshalb nichts Anderes übrig bleiben, als für den Hausangestellten noch besondere, der Eigentümlichkeit ihres Verhältnisses Rechnung tragende Bestimmungen zu erlassen. Mit großem Fleiße und praktischem Geschicke hat der bekannte Verfasser das neue Recht der Hausangestellten dargestellt. Man wird über alles eingehend unterrichtet, gerade der Laie wird das Buch mit Vorteil benutzen. Es will mir aber scheinen, als ob die außerordentliche Kündigung ohne Kündigungsfrist (Ziff. 16) etwas kurz weggekommen ist. Hier wäre es wünschenswert gewesen, wenn an der Hand der alten Gesindeordnungen die dort aufgeführten Fälle auf ihre jetzige Fortgeltung eingehend geprüft wären. Die Brauchbarkeit des inhaltreichen Buches wird erhöht dadurch, daß das gesamte Recht, auch das in den Gesindeordnungen nicht enthaltene, insbesondere die Kranken- usw. Versicherung, zur Darstellung gebracht ist. Ein ausführliches Sachregister erleichtert das Auffinden.

Berlin. Dr. Delius, Geh. Justizrat, Kammergerichtsrat.

---

24. Dr. Josef Kohler, Geheimer Justizrat, ord. Professor an der Universität Berlin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Zweiter Band, Vermögensrecht. Zweiter Teil: Sachenrecht. XVI und 560 S. Preis 20 M.

Im letzten Hefte des Verwaltungsarchivs S. 322 ff. habe ich die neueste Auflage von Kohlers Einführung in die Rechtswissenschaft besprochen und in Anlaß davon, daß deren Verfasser einige Monate vorher seinen 70. Geburtstag gefeiert hatte, mich etwas weiter über seine gesamte Wirksamkeit für die Wissenschaft und die Anwendung des Rechtes ausgelassen. Damals konnte ich noch wegen der erstaunlichen Arbeitsfähigkeit und Lebensfrische Kohlers sowie wegen seines starken Vaterlandsgefühls und unerschütterlichen Glaubens an Deutschlands nicht zerstörbares Fortgedeihen der Zuversicht Ausdruck geben und habe es getan, daß auch für die Zukunft noch viel Hervorragendes und des größten Dankes Wertes von ihm zu erwarten sei. Die Vorsehung hat es anders bestimmt. Am 3. August d. Js. ist durch den unerbittlichen Tod nach kurzer Krankheit seinem Leben ein Ende bereitet worden.

Josef Kohlers Äußere gab in seltener Weise nicht nur allgemein seine überragende geistige Begabung zu erkennen, sondern kennzeichnete ihn

Digitized by Google

auch als einen Künstler. Und ein Künstler war er in der Tat sowohl auf dem eigentlichen Gebiete der Kunst, namentlich der Dichtkunst und der Musik, als hauptsächlich auf dem des Rechtes. Auch auf dem letzteren Gebiete hat seine Künstlernatur allem, was er in Worten und Schriften geleistet hat, ein ebenso eigenartiges wie geniales Gepräge gegeben durch den hohen Flug seines Geistes und die Fülle seiner neuen Gedanken, mitunter in einem Maße, daß es nicht leicht war, ihm zu folgen und zuzustimmen. Dadurch erklärt es sich, daß er nicht selten auf Widerspruch gestoßen oder doch nicht voll gewürdigt und verstanden worden ist. Was man so öfter dem Lebenden versagt hat, wird nun vielleicht noch dem Toten mehr zuteil werden.

Die früheren Bände des Lehrbuchs des bürgerlichen Rechtes sind in Bd. 12 S. 622 ff., Bd. 14 S. 414 f. und Bd. 24 S. 162 f. des Verwaltungsarchivs besprochen worden. Das hier über das Werk Gesagte gilt teils schlechthin teils wenigstens entsprechend auch für den neuen Band. Hierauf kann jetzt um so mehr Bezug genommen werden, als in dem Vorworte zu diesem Bande, welches als Zeitvermerk den Oktober 1918 trägt, Kohler selbst wieder seine Arbeitsweise dargelegt und gerechtfertigt hat. Es bleibt daher hier nur noch die Bedeutung des jetzigen Bandes für die Leser des Verwaltungsarchivs hervorzuheben, welche überaus groß ist, weil diese sich mit sehr Vielem aus dem Sachenrechte zu befassen haben. Um davon nur einiges beliebig herauszugreifen, seien die Ausführungen über Gemeinsachen, Gemeinnutzungssachen und Gemeingebrauchssachen, insbesondere Wege und Wasserwege, fließendes Wasser, Seen, Grundwasser, Küstengewässer (§§ 5 bis 8), in denen das Eigentum bei öffentlichen Wegen als völlig privates Eigentum und im allgemeinen den Grundsätzen des Privatrechts unterliegend, nur mit der Besonderheit, daß die dem öffentlichen Gebrauche gewidmeten Grundstücke meist nicht unter dem Grundbuchzwange stehen, bezeichnet und der „nicht deutsche, sondern französische Gedanke, der seinerzeit von Jhering und später von Otto Mayer vertreten worden ist, denen die tieferen Gedanken des deutschen Rechtes fremd blieben", abgelehnt worden ist (S. 17), das Grundbuchrecht (S. 66 ff.), die Grunddienstbarkeiten (Realservituten) (S. 310 ff.) und die Reallasten (S. 476 ff.) genannt. Über das ganze Sachenrecht gibt das Werk zwar nicht immer in den Einzelheiten des gesetzten (positiven) Rechtes Auskunft, aber es belehrt stets, was für die Verwaltung oft wichtiger ist, über das Wesen der Rechtseinrichtungen und ihre Bedeutung für das wirtschaftliche Leben.

Höchst bedauerlich wäre es, wenn der 5. (Schluß-Band) nicht mehr folgen, das Lehrbuch also ein Torso bleiben sollte. Freilich glaube ich, daß niemand den noch fehlenden Band, das Erbrecht, so herzustellen und später das ganze Werk auf dem Laufenden zu halten vermöchte, wie es Kohler mit seinem so seltenen Können und Vollbringen, dem hohen Schwunge seines Geistes, dem Reichtume seiner Gedanken und seinen weiten Ausblicken, freilich auch mit seinen kleinen, hin und wieder wenig erfreulichen Schwächen, wie z. B. im jetzigen Bande bei seinem herben Urteil über Savigny usw. (S. 30, 31), getan haben würde. Es wird das auch schwerlich ein hervorragender Rechtsgelehrter unternehmen, dies um so weniger, je mehr er ein

Digitized by Google

solcher und deshalb selbständig ist. Ein bloßer Nachempfinder aber oder wer sich bemühte, bloß dies zu sein, reicht gewiß nicht aus. Dagegen kann ich mir denken, daß jemand unter Benutzung der Kollegshefte, der Behandlung des Erbrechts durch Kohler in der 7. Auflage seiner Enzyklopädie der Rechtswissenschaft und der Aufzeichnungen, die sich vielleicht schon im Nachlasse finden, die Aufgabe erfüllen könnte, nur allgemein im Sinne und mit den Zielen Kohlers, sonst aber aus eigenem Geiste sich an Kohlers Stelle zu setzen und dessen Werk für Lehre und Anwendung des Rechtes einem vorzeitigen Ende zu entziehen. Wer dies will und kann, würde sich ein großes Verdienst erwerben.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

Kurze Anzeigen.

A. Ebner, Die Preußischen Jagdgesetze in ihrer gegenwärtigen Fassung. Mit Erläuterungen in Anmerkungen. 7. neubearbeitete Auflage. Berlin, Carl Heymanns Verlag. (Taschengesetzsammlung 8) 1919. 300 S. Preis 7 M.

Ebners jagdrechtliche Studien sind den Lesern dieser Zeitschrift aus seinen Jahresberichten über Rechtsprechung und Schrifttum auf dem Gebiete des Jagdrechts geläufig. Die vorliegende neue Bearbeitung hat aus diesen Berichten reiche Früchte gezogen, indem sie das gesammelte Material kurz, übersichtlich und doch vollständig in den Anmerkungen verwertet hat. Die letzteren beschränken sich aber nicht hierauf, sondern sind bemüht, über alle Auslegungszweifel Auskunft zu geben, auch da, wo Material im ersteren Sinne noch nicht vorliegt, sowie durch Hereinziehung aller Parallelstellen die Handhabung der gesetzlichen Bestimmungen zu erleichtern. Durch diese Arbeitsmethode ist die Neubearbeitung über den Rahmen der früheren Ausgaben, die verhältnismäßig wenig Anmerkungsmaterial boten, weit hinaus gewachsen und hat den Typus des kurzen Handkommentars erreicht. Sie ist für den Handgebrauch in der Praxis ein zuverlässiger Ratgeber und Juristen wie Jägern nur zu empfehlen.

Fr. Th. Zorn, Geh. R. u. Professor. Die deutsche Reichsverfassung. 3. verb. Auflage. Leipzig 1919. Quelle u. Mayer. 133 S. Preis 1,25 M.

Unter der populärwissenschaftlichen Literatur des Reichsstaatsrechts waren die Schrift Zorns und Lönings Vorträge in den beiden gleichartigen Sammlungen von Quelle u. Mayer (Wissenschaft und Bildung) und Teubner (Natur und Geisteswelt) die beliebtesten Darstellungen, wie die mehrfachen Auflagen beweisen. Zorns neue Auflage gibt den Status von Mitte August 1918 wieder; die grundstürzenden Oktobergesetze sind nicht mehr berücksichtigt. Was man früher an Zorn aussetzen konnte, daß er den deutlich erkennbaren Entwicklungstendenzen der Reichsverfassung im Hinblick auf ihren weiteren Ausbau keine besondere Beachtung schenkte, ist durch den jähen Bruch der Revolution mit dem bisherigen Rechte gegenstandslos ge-

Digitized by Google

worden. Als Darstellung dessen, was wir verloren und zum Vergleich mit dem, was wir dafür eingetauscht haben, wird das Büchlein auch in Zukunft seine Bedeutung behalten.

Ludwig Mohn, Rechtsanwalt, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erster Band, Allg. Teil. Berlin, Springer 1919. 562 S. Preis 18 *M*. (Aus Juristische Hilfsbücher für Studium und Praxis.)

Das in die gleiche Sammlung gehörige Verwaltungsrecht (Prakt. Teil) desselben Verfassers ist oben S. 223 eingehend besprochen worden, weshalb im allgemeinen darauf verwiesen werden kann. Das dort angegebene Programm wird nun hier für das Zivilrecht durchgeführt. Ein Unterschied waltet insofern ob, als hier an die Legalordnung des BGB. angeknüpft werden kann, während dem Verwaltungsrecht ein eigenes System zugrunde zu legen war. Das der Aufreihung der Entscheidungen zugrunde zu legende Gerüst der allgemeinen Lehren konnte deshalb noch mehr vereinfacht werden. Als Resultat ergibt sich eine Darstellung der „Praxis des bürgerlichen Rechtes", die für die Verwaltungsbeamten, denen an der theoretisch-wissenschaftlichen Konstruktion weniger gelegen ist, ganz besonders brauchbar erscheint. Selbstverständlich kann das Werk das Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes nicht ersetzen oder entbehrlich machen; es vermag aber die abstrakt-theoretischen Sätze mit lebendigem Fleische zu umkleiden, die aus ihnen zu ziehenden Folgerungen anschaulich und den spröden Stoff interessant zu machen. Ein besonderes Geschick entwickelt der Verfasser in der Heranziehung aller dem modernen Leben und dem öffentlichen Verkehr entnommenen Streitfälle. Man möchte dem Buche als Motto den Vers voranstellen:

„Greift nur hinein ins volle Menschenleben;
Und wo ihr's packt, da ist es interessant."

Man darf der Fortsetzung mit Interesse entgegensehen.

v. Keil.

Digitized by Google

C. Gesetzgebung.

III.

Zur Reform der Disziplinargesetzgebung.

Beiträge aus der Praxis.

Von Herrn Regierungsrat Pfeiffer in Halle a. S.

Die Tage des preußischen Disziplinargesetzes vom 21. Juli 1852 sind gezählt. Seinen siebzigsten Geburtstag wird es nicht erleben. Wenn es demnächst zu Grabe getragen wird, sollte nicht vergessen werden, daß dieses Gesetz für seine Zeit eine höchst achtbare Leistung war, und daß es für die spätere Gesetzgebung des Reichs und der Bundesstaaten bis in unser Jahrhundert hinein das Vorbild gewesen ist. Die Ehrfurcht vor dem Alter rechtfertigt es aber nicht, daß die preußische Regierung es immer gescheut hat, die bessernde Hand an offensichtliche Mängel des Gesetzes zu legen. Die Arreststrafe für Unterbeamte, obwohl sie schon seit langer Zeit nur auf dem Papiere stand, das fehlende Wiederaufnahmeverfahren boten bequeme Handhaben, das preußische Beamtenrecht als rückständig zu kennzeichnen; sie kehrten oft genug in Eingaben der Beamtenverbände als bewährte Schmuckstücke wieder. Dies waren nicht die schlimmsten Mängel des Gesetzes. Trotzdem geschah nichts. Es scheint, daß man alle Verbesserungen bis zu einer allgemeinen Reform der ganzen Beamtengesetzgebung zurückstellen wollte. Aber diese kam nie. Der „Geheimratsmaschine" fehlte dazu die nötige Schwungkraft.

Das ist jetzt anders geworden. Die Schwungkraft zur Gesetzgebung ist überreichlich vorhanden. Aber es ist zu fürchten, daß man über das Ziel hinausschießt und das Beamtenrecht gänzlich neu auf theoretischen Grundlagen aufzubauen versucht. Das wäre zu bedauern, denn gerade die Beamtengesetzgebung sollte kein Feld für gesetzgeberische Versuche sein. Man sollte sich die Erfahrungen der Vergangenheit zunutze machen. Um ein technisch einwandfreies Gesetz zustande zu bringen, muß man von den Mängeln des vorhandenen ausgehen. Sie kennt am besten der Praktiker, der sich täglich mit ihnen abfinden mußte. Von seinem Standpunkte sollen hier zwanglos und ohne Vollständigkeit zu erstreben, einige wichtigere Materien des Disziplinarrechts de lege lata und de lege ferenda erörtert werden.

Die allgemein bekannten und schon seit langer Zeit in der Öffentlichkeit besprochenen Mängel, deren Abstellung sicher ist, sollen nur kurz erwähnt werden. Daß das neue Gesetz Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens bringen muß, und zwar sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Angeschuldigten, ist selbstverständlich. Ebenso die Notwendigkeit einer Bestimmung, welche es ermöglicht, einen Beamten wieder aus seinem Amte zu entlassen, der sich vor seiner Aufnahme in das Beamtenverhältnis schwerer Verfehlungen schuldig gemacht hat, die ihn zur Führung eines öffentlichen

Digitized by Google

Amtes unwürdig machen und bei seiner Anstellung nicht bekannt waren. Man braucht sich hier nur an die neuere Gesetzgebung der Bundesstaaten zu halten [1]).

Selbstverständlich ist auch, daß das förmliche Verfahren umgestaltet werden muß, und zwar unter wirklicher Durchführung der Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. Vor allem muß sich die Beweisaufnahme durchweg und nicht nur ausnahmsweise vor dem erkennenden Gerichtshof abspielen, und das Verfahren muß mit allen Bürgschaften des modernen Strafprozesses umgeben sein. Auch die Forderung der Öffentlichkeit für die Hauptverhandlung, welche im Reiche, in Sachsen und in Württemberg bereits erfüllt ist, muß, zum mindesten in beschränktem Maße, als berechtigt anerkannt werden.

Was die Zusammensetzung der Disziplinargerichtshöfe betrifft, so herrscht die Ansicht vor, daß man einem nur aus Verwaltungsbeamten zusammengesetzten Kollegium nicht die erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zutrauen dürfe, schon aus dem Grunde, weil der Chef der Behörde, der das Verfahren eingeleitet habe, einen entscheidenden Einfluß auf das Spruchkollegium ausüben könne. Es ist allerdings richtig, daß der Vorsteher einer Behörde, der die Einleitung eines Disziplinarverfahrens verfügt hat und damit in der Sache, wenn auch vorläufig nur auf Grund eines beschränkten Untersuchungsmaterials, eine dem Angeschuldigten nachteilige Entscheidung gefällt hat, insofern als voreingenommen gelten kann. Es trifft ferner zu, daß bei den Verwaltungsbehörden der Chef, wenn auch nicht rechtlich, so doch unter Umständen tatsächlich, in der Lage war, einen Einfluß auf die Mitglieder der Behörde auch bei einer Verhandlung zur Geltung zu bringen, in der die Behörde als Kollegium nach Stimmenmehrheit zu entscheiden hatte [2]).

Es wird daher zu fordern sein, daß bei den Provinzialbehörden, wenn sie Disziplinarkammern bleiben sollen, der Vorsitz in der mündlichen Verhandlung nicht dem Vorsteher der Behörde übertragen wird, sondern einem ein für allemal dazu bestimmten älteren Mitgliede der Behörde, was auch zur Entlastung des Chefs beitragen würde. Unter dieser Voraussetzung können unseres Erachtens Provinzialbehörden, denen organisationsmäßig Beamte mit Befähigung zum Richteramt angehören, ein durchaus geeignetes Spruchkollegium bilden, ohne daß Beamte mit voller richterlicher Unabhängigkeit hinzutreten. Bei Behörden ohne juristisch vorgebildete Mitglieder sind allerdings Beisitzer mit Befähigung zum Richteramte nötig, da sonst leicht das Verfahren Schiffbruch leiden kann [3]).

---

[1]) Wiederaufnahme gegen rechtskräftige Disziplinarurteile: Bayern (Gesetz vom 16. August 1908) Art. 159, 160, Baden (Gesetz vom 24. Juli 1888) §§ 107, 108, Hessen (Gesetz vom 21. April 1880) Art. 24, Württemberg (Gesetz vom 28. Juni 1876) Art. 103.

Disziplinare Verfolgung von Handlungen, die vor der ersten Anstellung begangen sind: Bayern Art. 112, Baden § 84, Württemberg Art. 73.

[2]) Der Verfasser erinnert sich, wie ein Präsident einer Provinzialbehörde regelmäßig in Fällen, in denen er glaubte, die Mehrheit des Kollegiums gegen sich zu haben, entgegen der Übung in der Beratung sofort selbst das Wort nahm und seine Ansicht in der entschiedensten Weise zum Ausdrucke brachte. Zur Ehre des Kollegiums muß gesagt werden, daß er trotzdem ebenso regelmäßig überstimmt wurde.

[3]) Der Nutzen besonderer, von den bestehenden Behörden ganz getrennter Disziplinarkammern ist nicht in der größeren Unabhängigkeit, sondern in der Geschäftsgewandtheit zu erblicken, die sich bei einer ständig mit Disziplinarsachen befaßten Behörde finden muß, der Tradition, die sich ausbildet, und der größeren Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung. Bei kleineren Behörden, bei denen sehr selten förmliche Disziplinarverfahren vorkommen, kann leicht eine gewisse Unsicherheit in der Handhabung des Gesetzes vorkommen. Auch herrscht oft Unkenntnis über die Grundsätze der Berufsinstanz,

Digitized by Google

Daß die Fachbehörde als Spruchkollegium gewisse Vorteile gegenüber einem besonderen Gerichtshofe besitzt, wird aus den folgenden Erörterungen hervorgehen. Es ist aber bestimmt anzunehmen, daß das kommende Gesetz gleichwohl die bisherige Bahn verläßt und sich der neueren Gesetzgebung der Bundesstaaten anschließt, welche besondere Disziplinarkammern mit teilweise richterlichen Mitgliedern vorsieht. Dringend erwünscht ist, daß unter den nicht richterlichen Mitgliedern die Fachbehörde vertreten ist, deren Geschäftskreis der Angeschuldigte angehört. Es wird aber weiter die Forderung erhoben werden, daß dem Gerichtshof auch Standesgenossen des abzuurteilenden Beamten angehören sollen. Diese Forderung wird als berechtigt anerkannt werden müssen. Das Disziplinarverfahren bezweckt nicht nur die Aufrechterhaltung der Dienstzucht, sondern auch die Reinhaltung des Beamtenstandes von unsauberen Elementen. Hieran hat jede Beamtenklasse selbst das größte Interesse, und darum sollte man ihr die Mitwirkung bei der Rechtsprechung über Dienstvergehen nicht versagen. Es ist kein Fehler, wenn das Disziplinarverfahren durch die Aufnahme mittlerer und unterer Beamten in das Spruchkollegium den gleichzeitigen Charakter eines Ehrengerichts von Standesgenossen erlangt [4]).

Zuzugeben ist, daß die praktische Durchführung Schwierigkeiten haben wird; Sache des Gesetzgebers ist es, diese zu überwinden ohne einen allzu umständlichen Apparat aufzubieten. Wir müssen uns versagen, an dieser Stelle nähere Vorschläge zu machen.

Der Hauptmangel des heutigen Disziplinarverfahrens ist die lange Dauer bis zur rechtskräftigen Entscheidung. Es ist jetzt nicht Zeit, statistisches Material hierüber zusammenzutragen, es ist aber auch kaum nötig, denn jeder Praktiker wird in diesem Punkte ohne weiteres zustimmen. In Fällen, in denen die Schuld des Beamten von vornherein ebenso klar am Tage liegt als die absolute Sicherheit, daß die Verfehlung seine Dienstentlassung zur Folge haben muß, kann es gleichwohl Jahre dauern, bis der Schuldige rechtskräftig aus seinem Amte entfernt wird. Die Ursachen dieser

z. B. bezüglich des Maßes des einem entlassenen Beamten als Unterstützung zuzubilligenden Pensionsteils, so daß Erkenntnisse gefällt werden, deren Aufhebung in der höheren Instanz für den Sachkundigen von vornherein sicher ist. Das wird bei einer ständig mit Disziplinarsachen befaßten Kammer nicht vorkommen.

[4]) Brand, Reformbedürftigkeit der preußischen Disziplinargesetzgebung, Berlin 1909, verlangt für die Disziplinargerichtshöfe in erster Linie richterliche Beamte, hält es aber für nötig, daß in jeder Sache Beamte als Richter zugezogen werden, die aus dem Geschäftskreise stammen, dem der abzuurteilende Beamte angehört. Er gelangt also zu einem Kollegium von richterlichen und höheren Verwaltungsbeamten. Die Mitwirkung der Fachbeamten wünscht er nur wegen ihrer Sachkunde. Die Mitwirkung von Standesgenossen des abzuurteilenden Beamten lehnt er aber ab, weil dadurch die Organisation der Disziplinarkammern zu kompliziert würde; das Verlangen der Beamten, allein von Standesgenossen abgeurteilt zu werden, hält er für ganz unerfüllbar, denn die Disziplin würde gefährdet werden, wenn Beamte wüßten, daß ihre Verfehlungen von Berufsgenossen gesühnt werden würden, die ja naturgemäß zu besonderer Milde geneigt wären, da sie sich stets vor Augen halten würden, daß sie möglicherweise selbst einmal in eine ähnliche Lage geraten können, wie ihre angeschuldigten Berufsgenossen. Der letzteren Begründung kann man sich nicht anschließen. In die Disziplinarkammern würden selbstverständlich nur Beamte von tadelloser Führung, ernster Auffassung ihrer Dienstpflichten und hochstehender Beamtenmoral hineinkommen, denen mehr die Ehre ihres Standes am Herzen liegt als die Behütung eines einzelnen Standesgenossen vor einer harten Strafe. Man kann oft genug beobachten, wie die Verfehlungen eines Beamten von seinen Standesgenossen schärfer beurteilt wurden als von den Vorgesetzten.

Digitized by Google

unerträglichen Verschleppung der Disziplinarprozesse liegen in der Abhängigkeit des Dienststrafverfahrens vom ordentlichen Strafprozeß und in den derzeitigen Vorschriften über die Berufung. Es wird zu prüfen sein, ob hier nicht Abhilfe geschaffen werden kann. Es wird dazu vielleicht mit gewissen, bisher als unantastbar betrachteten Grundgedanken gebrochen werden müssen. Wenn aber das ganze Verfahren nach anderen Grundsätzen so umgestaltet wird, daß es die denkbar größte Gewähr für eine gründliche Prüfung und richtige Entscheidung bietet, so können vielleicht gerade die Bestimmungen wegfallen, welche bisher als Hemmschuh wirkten, und wir könnten eine prompte und doch gute Rechtsprechung in Disziplinarsachen erhalten. Der Praktiker, der mit dem Gesetze zu arbeiten hat, wird in der Beschleunigung des Verfahrens eine weit größere Wohltat erblicken, als in der Beseitigung der vielbesprochenen Rückständigkeiten und Schönheitsfehler, die nur in Ausnahmefällen sich bemerklich machten und darum in Wirklichkeit nicht die schlimmsten Mängel des Gesetzes darstellten.

Die Abhängigkeit vom gerichtlichen Strafverfahren.

In einem sehr großen Teile aller Disziplinarverfahren kommen Handlungen zur Aburteilung, welche gleichzeitig das Strafgesetz verletzen. Das geltende preußische Disziplinargesetz bestimmt hier bekanntlich in Übereinstimmung mit dem Reichsbeamtengesetz und den Beamtengesetzen der anderen Bundesstaaten,

> daß das Disziplinarverfahren erst nach rechtskräftigem Abschlusse des Strafverfahrens einzuleiten ist, oder, wenn vorher bereits eingeleitet, bis zur Beendigung des Strafverfahrens einzustellen ist (§ 4).

Der Strafprozeß muß also erst den Instanzenzug durchlaufen. Die vorgesetzte Behörde gibt ihr Untersuchungsmaterial an die Staatsanwaltschaft. Hier stößt sie häufig bereits auf Schwierigkeiten und muß gegenüber dem ablehnenden Bescheide des Staatsanwalts unter Umständen wiederholt vorstellig werden oder gar den Beschwerdeweg beschreiten, bis es ihr gelingt, das Verfahren in Gang zu bringen. Dies Verfahren arbeitet leider nicht immer mit der wünschenswerten Beschleunigung, besonders in Sachen, die für eine Fachbehörde einfach, für den Richter aber kompliziert sind. Ist es endlich zur Hauptverhandlung gekommen, so steht dem Angeklagten das Rechtsmittel der Revision zu, das die Rechtskraft wieder auf Monate verzögert, von der Möglichkeit einer Zurückweisung zur nochmaligen Verhandlung ganz abgesehen. So ist meist schon Jahr und Tag verstrichen, bevor die Bahn für das Disziplinarverfahren überhaupt frei wird, und jetzt beginnt die ganze Untersuchung von neuem. Denn die gerichtlichen Akten bilden kein ausreichendes Beweismaterial, alle Zeugen und Sachverständigen müssen vom Untersuchungskommissar nochmals eidlich vernommen und die ganze Untersuchung muß aktenmäßig festgelegt werden. Es folgen dann häufig noch Anträge des als Vertreter der Staatsanwaltschaft im Disziplinarverfahren bestellten Beamten auf Ergänzung der Untersuchung, bis diese abgeschlossen und die Anklage erhoben wird, worauf dann nach Zustellung und Ablauf einer angemessenen Einlassungsfrist die mündliche Verhandlung erster Instanz stattfinden kann.

Während dieses ganzen Verfahrens ist der Angeschuldigte in der Regel vom Amte suspendiert. Seine Arbeitskraft ist lahmgelegt, seine wirtschaftlichen Verhältnisse werden untergraben; denn wenn er kein eigenes Vermögen hat, kann er so lange bei halbem Gehalte[5]) nicht leben, ohne in Schulden zu geraten. Die wegen des schwebenden Verfahrens bestehende Unsicherheit seiner Zukunft untergräbt auch seinen Kredit, so daß er, je länger das Verfahren dauert, um so mehr der ernstesten Notlage preisgegeben wird. Einen

[5]) Volles Gehalt während der Suspension: Hessen (Art. 40). Bayern behält 1/3 ein. Im Reiche, Baden und Württemberg kann die Einbehaltung beschränkt werden.

Digitized by Google

Nebenerwerb darf er nur mit Genehmigung der Behörde übernehmen, und es findet sich dazu selten Gelegenheit; einem neuen Berufe kann er sich nicht zuwenden, da er noch immer Beamter ist und bis auf die Arbeitsleistung, von der er entbunden ist, alle Pflichten eines Beamten nach wie vor zu erfüllen hat. Ein suspendierter Beamter ist eine der unerfreulichen Erscheinungen des Rechtslebens. Und doch kann die Suspension während des schwebenden Disziplinarverfahrens in der Regel nicht entbehrt werden. Es bleibt also nichts anderes für den Gesetzgeber übrig, als die gründlichste Prüfung, wie dieser Zustand möglichst verkürzt, also mit anderen Worten das Disziplinarverfahren beschleunigt werden kann.

Daß der Disziplinarrichter dem Strafrichter unbedingt den Vortritt lassen müsse und erst nach dessen Spruche mit seiner eigenen Tätigkeit einsetzen dürfe, ist nicht nur in den sämtlichen neueren Beamtengesetzen bestimmt, sondern gilt auch allgemein als unanfechtbares Dogma. Dies Dogma hält aber unseres Erachtens einer wirklich eingehenden Prüfung nicht stand.

Zunächst ist das Interesse des Staates daran, daß ein unwürdiger Beamter schleunigst aus seinem Amte entfernt wird, weit größer als das staatliche Interesse an der schleunigen strafrechtlichen Sühne. Diese Erwägung sollte also dazu führen, daß das Disziplinarverfahren nicht *nach* dem Strafverfahren, sondern eher *vor* diesem oder mindestens gleichzeitig mit ihm eingeleitet wird. Für die umgekehrte Regelung werden meist zwei Gründe angeführt.

Als erster Grund, zunächst den Abschluß des gerichtlichen Verfahrens abzuwarten, war bereits bei der Beratung des Gesetzes die Erwägung maßgebend, man könne einem Angeschuldigten nicht zumuten, sich gleichzeitig gegen zwei Untersuchungen zu verteidigen. Nun werden allerdings im Strafprozesse gegen denselben Angeklagten nicht wegen verschiedener Taten gleichzeitig mehrere besondere Strafprozesse eingeleitet, sondern die Verfahren werden verbunden. Ob aber der Angeklagte sich etwa wegen seiner Tat gleichzeitig noch in einem Zivilprozesse verantworten muß, dessen Ergebnis für ihn vielleicht noch viel folgenschwerer ist als der Ausfall des Strafverfahrens, danach fragt niemand. — Worin besteht die Erschwernis der Verteidigung, wenn gleichzeitig Straf- und Disziplinar-Verfahren anhängig sind? Es handelt sich um dieselbe Tat, und dieselben Verteidigungsmittel werden in beiden Verfahren zu Gebote stehen. In den Zeiten der Postkutsche mag es praktische Schwierigkeiten gegeben haben, zwei Prozesse gleichzeitig zu führen, besonders wenn Termine an verschiedenen Orten nahe zusammenfielen, heute wird das kaum noch zu befürchten sein, und einem Antrag auf Verlegung wird in solchen Fällen anstandslos stattgegeben werden. Übrigens hat ein suspendierter Beamter nichts anderes zu tun und kann sich ganz allein mit seiner Verteidigung befassen, er ist also insofern in viel besserer Lage als irgend jemand sonst, gegen den ein Strafverfahren schwebt, und der seine Verteidigung neben seinen Berufsgeschäften betreiben muß. Der Angeklagte muß allerdings *gleichzeitig* die Kosten für beide Verteidigungen aufbringen. Aber das wird ihm, wenn beide Verfahren sofort und gleichzeitig eingeleitet werden, weit weniger Schwierigkeiten machen als die Aufbringung der Verteidigungskosten im Disziplinarverfahren allein, wenn er erst während der ganzen vorangegangenen Dauer des Strafverfahrens suspendiert war und durch die Einbehaltung des Gehalts bereits in eine schwierige Lage gekommen ist, auch durch die strafrechtliche Verurteilung seinen Kredit eingebüßt hat.

Auf der anderen Seite wird die Disziplinaruntersuchung schwer beeinträchtigt, wenn sie solange aufgeschoben werden muß, daß die Zeugen nicht mehr über frische Eindrücke aussagen können und durch wiederholte zeitlich auseinanderliegende Vernehmungen und Verhandlungen im Strafverfahren ihre Unbefangenheit eingebüßt haben. Da dies auch bei den Entlastungszeugen der Fall ist, kann der Aufschub der Untersuchung auch für den Angeschuldigten sehr nachteilig werden. Aus allen diesen Gründen kann für den Gesetzgeber keine Notwendigkeit anerkannt werden, aus Rücksichtnahme

Digitized by Google

auf die Verteidigung des Angeklagten vorzuschreiben, daß die beiden Verfahren nacheinander stattfinden müssen.

Stichhaltiger scheint schon für das Abwarten des Gerichtsurteils der zweite Grund zu sein, daß nämlich im gerichtlichen Verfahren unter Umständen ein Urteil ergehen kann, das für den Beamten den Verlust seines Amtes von selbst nach sich zieht.

Bekanntlich verwirkt ein Beamter durch bloße strafgerichtliche Verurteilung ohne Disziplinarverfahren sein Amt, wenn er rechtskräftig zu einer Zuchthausstrafe oder zum Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte verurteilt wird, oder wenn ihm die Befähigung zur Bekleidung öffentlicher Ämter abgesprochen wird (§§ 31, 33, 35 StGB.), auch kann durch Gerichtsurteil auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter erkannt werden (§§ 81 Abs. 3, 83 Abs. 3, 84, 87—91, 94, 95 StGB.). Außerdem bestimmt § 7 des preußischen Disziplinargesetzes, daß ein Beamter, der zu einer Freiheitsstrafe von über einem Jahre verurteilt wird, dadurch seines Amtes ohne förmliches Disziplinarverfahren verlustig geht.

In einem solchen Falle würde sich also ein vor Beendigung des gerichtlichen Verfahrens eingeleitetes Disziplinarverfahren als überflüssig herausstellen. Diese Erwägung sollte aber den Gesetzgeber nur zu der Bestimmung veranlassen, daß das gerichtliche Verfahren dann abzuwarten ist, wenn anzunehmen ist, daß der Beamte schon durch gerichtliches Urteil sein Amt verlieren wird, keineswegs rechtfertigt sie es, das Abwarten des rechtskräftigen Gerichtsurteils in allen Fällen vorzuschreiben und sogar zu bestimmen, daß mit dem Disziplinarverfahren überhaupt erst begonnen werden darf, wenn das gerichtliche Verfahren seine rechtskräftige Erledigung gefunden hat.

Die Fälle, in denen ein Verlust des Amtes durch bloßes Strafurteil eintreten kann, werden übrigens sehr viel seltener werden, wenn erst die obige Bestimmung des § 7 des preußischen Gesetzes beseitigt ist, wonach jede Freiheitsstrafe von über einem Jahre kraft Gesetzes den Verlust des Amtes nach sich zieht. Diese Bestimmung enthält zweifellos eine große Härte, zumal Verurteilung zu Freiheitsstrafen auch wegen Straftaten erfolgen kann, die den Täter zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes nicht unwürdig machen (z. B. die mit Festungshaft bedrohten Verfehlungen). Die Grenze ist überhaupt ganz willkürlich gegriffen. Ein Beamter, der zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und einem Tage verurteilt wird, verliert mit der Rechtskraft des Urteils ohne weiteres sein Amt, während er bei einer Strafe von einem Jahre nur im Disziplinarverfahren entlassen werden könnte. Er hätte also im letzteren Falle die Möglichkeit, sich vor seiner vorgesetzten Behörde oder einem Disziplinargerichtshofe zu rechtfertigen und vielleicht dort darzutun, daß er vom Strafrichter zu Unrecht verurteilt sei. Er könnte sich in diesem Falle sogar in seinem Amte erhalten, da, wie weiter unten auszuführen, das Strafurteil für den Disziplinarrichter nicht bindend ist. Jedenfalls aber würde er nicht der Wohltat des Gesetzes verlustig gehen, die den Disziplinarrichter ermächtigt, dem aus dem Amte entlassenen Angeschuldigten einen Teil des Ruhegehalts, das er erdient haben würde, auf Zeit als Unterstützung zuzusprechen. Wenn die obige Bestimmung des § 7, welche in keinem der anderen Beamtengesetze enthalten ist, fällt, so tritt der Amtsverlust durch Strafurteil nur noch in ganz schweren Fällen ein. Die Disziplinarbehörde wird dann weit besser übersehen können, ob sie ein Strafurteil mit derartiger Wirkung erwarten kann. Ist sie nicht mehr gehalten, das Strafurteil in allen Fällen abzuwarten, so wird sie dies gleichwohl tun bei allen schweren Verfehlungen, ganz besonders, wenn der Angeschuldigte verhaftet ist und die Beschleunigung der gerichtlichen Untersuchung durch die Behandlung als Haftsache gewährleistet ist. Es gibt übrigens Fälle, in denen das Gesetz zwar Zuchthaus oder Nebenstrafen, die den Amtsverlust nach sich ziehen, androht, in denen die Disziplinarbehörde aber auf Grund ihrer Kenntnisse der Gerichtspraxis dennoch mit aller Sicherheit annehmen kann, daß auf diese schweren Strafen nicht erkannt werden wird, weil das Gericht mildernde

Digitized by Google

Umstände zubilligen wird. Hierher gehören z. B. regelmäßig die leichteren Fälle des § 351 StGB. Der Disziplinarrichter wird sich, wenn er das gerichtliche Urteil nicht mehr abzuwarten braucht, in solchen Fällen durch die bloße Möglichkeit einer härteren Strafe nicht beirren lassen, sein Ziel, die Beschleunigung des Disziplinarverfahrens, zu verfolgen. Kommt es dann in einem vereinzelten Falle wirklich einmal anders, wird eine mit Amtsverlust verbundene Strafe vom Gerichte verhängt, und wird hierdurch wider Erwarten das Disziplinarverfahren gegenstandslos, so ist das ohne jede Bedeutung gegenüber dem großen Vorteile, daß in allen Regelfällen eine sehr erhebliche Beschleunigung des Verfahrens erzielt worden ist.

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, daß die Bestimmung des § 4 des Disziplinargesetzes, wonach das Disziplinarverfahren erst nach beendetem gerichtlichen Verfahren beginnen darf, durch die dafür angeführten Gründe nicht gerechtfertigt, ihre Beseitigung vielmehr erwünscht ist und eine wesentliche Beschleunigung sehr vieler Disziplinarsachen zur Folge hat. Mit Beseitigung des § 4 ist aber nur gesagt, daß beide Untersuchungen gleichzeitig laufen können, es könnte gleichwohl bestimmt sein, daß die Disziplinarbehörde bei der endgültigen Entscheidung dem Strafrichter den Vortritt lassen muß, also zwar ihre Untersuchung bis zur Hauptverhandlung fördern kann, diese aber bis zur gerichtlichen Entscheidung aussetzen muß. Für eine solche Regelung sprechen mancherlei Gründe, und sie wäre zweifellos angebracht, wenn der Gesetzgeber den Disziplinarrichter ganz oder teilweise an die Entscheidung des Strafrichters binden will. Hierüber bestimmt das geltende Gesetz bekanntlich folgendes:

> § 5. Wenn von den gewöhnlichen Strafgerichten auf Freisprechung erkannt ist, so findet wegen derjenigen Tatsachen, welche in der gerichtlichen Untersuchung zur Erörterung gekommen sind, ein Disziplinarverfahren nur noch insofern statt, als dieselben an sich und ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Tatbestande der Übertretung, des Vergehens oder des Verbrechens, welche den Gegenstand der Untersuchung bildeten, ein Dienstvergehen enthalten.
>
> Ist in der gerichtlichen Untersuchung eine Verurteilung ergangen, welche den Verlust des Amtes nicht zur Folge gehabt hat, so bleibt derjenigen Behörde, welche über die Einleitung des Disziplinarverfahrens zu verfügen hat, die Entscheidung darüber vorbehalten, ob außerdem ein Disziplinarverfahren einzuleiten oder fortzusetzen sei.

Der Disziplinarrichter ist also an den Freispruch des Strafrichters gebunden, d. h. er darf eine Tat, von der der Angeschuldigte freigesprochen ist, in ihrer Eigenschaft als kriminell strafbare Handlung nicht mehr zum Gegenstand einer disziplinaren Verurteilung machen.

Nur insoweit die Tat entweder

a) ganz abgesehen von ihrer Strafbarkeit ein dienstliches Vergehen enthält, oder

b) von Umständen begleitet ist, die an sich auf die Strafbarkeit keinen Einfluß haben, aber den Gegenstand eines Dienstvergehens bilden,

bleibt Raum für ein Dienststrafverfahren [e]).

---

[e]) Beispiele:

a) ein Beamter wird von der Anklage der Verführung eines noch nicht 16jährigen Mädchens freigesprochen, weil ihm geglaubt wird, daß er sich über das Alter in einem Irrtume befunden habe. Der Beamte bleibt für die Tat disziplinarisch verantwortlich,

b) ein Beamter, der in eine Schlägerei verwickelt war, wird von der Anklage der Körperverletzung freigesprochen. Es wird aber festgestellt, daß er sich bei dem Vorfalle betrunken und in schlechte Gesellschaft begeben hat. Wegen der letzteren Begleitumstände ist die disziplinarische Verfolgung zulässig.

Digitized by Google

Die Bindung an den Freispruch des Strafrichters bringt die Disziplinarbehörde in einen schweren Gewissenskonflikt. Sie muß unter Umständen einen Beamten im Amte halten, von dessen Schuld und Unwürdigkeit sie überzeugt ist, der die Achtung seiner Kollegen eingebüßt hat und in der Öffentlichkeit bloßgestellt ist. Denn ein gerichtliches Urteil, das den Angeklagten nur wegen Mangels an Beweis freispricht, ohne seine Unschuld festzustellen, vermag ihm die eingebüßte Achtung und das verlorene Ansehen nicht wiederzugeben. Es können gerichtliche Freisprüche vorkommen, die von der Öffentlichkeit geradezu als Skandal empfunden werden, und die den beschuldigten Beamten in keiner Weise rehabilitieren können. Liegen in einem solchen Falle nicht Begleitumstände vor, welche den Beamten unabhängig vom Tatbestand einer kriminell strafbaren Handlung belasten und die Möglichkeit eines Disziplinarverfahrens offen lassen, so bleibt der Behörde nichts übrig, als den Beamten nach einem möglichst weit entfernten Orte zu versetzen, in der Hoffnung, daß ihm die Nachrede dorthin nicht folgt. Aber das gelingt nicht immer, und ein solcher Beamter kann unter Umständen den Ruf des Beamtenstandes schwer schädigen, ohne daß die vorgesetzte Behörde dagegen etwas unternehmen kann.

Die umgekehrte Frage, ob das verurteilende Erkenntnis des Strafrichters für den Disziplinarrichter bindend ist, entscheidet das Gesetz nicht, und sie ist bekanntlich Gegenstand einer Streitfrage. Nach der ständigen Praxis des Oberverwaltungsgerichts und des Disziplinarhofs in Leipzig ist der vom Strafrichter festgestellte Tatbestand der strafbaren Handlung für den Disziplinarrichter sowohl im Falle der Freisprechung als auch im Falle der Verurteilung maßgebend. Anderer Meinung sind das Preußische Staatsministerium und der Große Disziplinarsenat des Kammergerichts, die dem Disziplinarrichter die Entscheidungsfreiheit zugestehen.

Die Schwierigkeiten, welche eintreten können, wenn ein Freispruch des Disziplinargerichts sich in Widerspruch setzt mit einer rechtskräftig ergangenen Gerichtsentscheidung, die den Angeklagten schuldig befunden und zur Strafe verurteilt hat, sind nicht zu unterschätzen. Die Tatsache, daß der Angeklagte verurteilt ist, mag man nun das Urteil für richtig halten oder nicht, kann auf sein Ansehen nicht ohne Einfluß bleiben. Ist vollends auf eine Freiheitsstrafe erkannt und diese verbüßt worden, so haftet dem Angeklagten ein Makel an, von dem ihn der Freispruch des Disziplinarrichters nicht ohne weiteres befreien kann. Ob es der Behörde gelingt, den Beamten in andere Verhältnisse zu versetzen, in denen ihm das Gerücht von seiner Bestrafung nicht nachteilig ist, bleibt auch hier zweifelhaft[7]). Es sprechen daher gewichtige Gründe für die Bindung des Disziplinarrichters an das verurteilende gerichtliche Erkenntnis. Das badische Gesetz vom 24. Juli 1888 und 12. August 1908 hat sie ausdrücklich angeordnet (§ 99 Abs. 3).

Trotzdem möchten wir uns für die völlig freie Beweiswürdigung des Disziplinarrichters in beiden Fällen, dem der Verurteilung und dem der Freisprechung aussprechen, und wir sind überzeugt, daß diese Ansicht von der Mehrheit der Praktiker, welche mit der Handhabung des Gesetzes ihre Erfahrungen gemacht haben, unbedingt geteilt wird

Solange dieselbe Tat Gegenstand zweier getrennter Untersuchungen ist, solange sie von zwei verschiedenen Gerichtshöfen abzuurteilen ist, scheint es

[7]) Die Ungebundenheit der Disziplinarbehörde an das verurteilende Gerichtserkenntnis hat aber tatsächlich manchen zu Unrecht verurteilten Beamten vor der Vernichtung seiner Existenz bewahrt, indem ihn die vorgesetzte Behörde durch ihren Schutz moralisch aufrecht erhielt, bis im Wiederaufnahmeverfahren das Recht zum Siege gelangte. Man denke an Verurteilungen wegen Sittlichkeitsvergehen auf Grund der Aussagen von jugendlichen Zeugen, — Fälle, in denen mancher schwere Fehlspruch ergangen ist, ehe man die Psychologie der Kinderaussage gründlich studiert hatte und den gefährlichen Einfluß hysterischer Zustände bei diesen Aussagen richtig würdigte.

Digitized by Google

uns unlogisch und mit dem Begriffe des Untersuchens und Urteilens nicht vereinbar, den einen Richter an die Entscheidung eines anderen zu binden. Der Disziplinarrichter sollte sich für die Rolle des „Nachrichters" bedanken, und kein Gesetz sollte ihn nötigen, zu einem Unrechte wider sein besseres Wissen noch ein zweites hinzuzufügen. Auch sollte man dem Beamten, der durch eine und dieselbe Tat zwei Verfolgungen auf sich gezogen hat und zwei Bestrafungen erhalten kann, die Wohltat nicht entziehen, daß seine Sache nun wirklich auch zweimal von gegenseitig unabhängigen Gerichtshöfen geprüft wird.

Mit dem reus, qui diversas sententias tulit, der möglicherweise einmal vorkommen kann, müssen wir uns abfinden. Es ist nicht anzunehmen, daß das Ansehen der Rechtspflege durch solche Fälle leiden wird. Schon gar nicht in dem Falle, wenn der gerichtlich freigesprochene Angeklagte nachträglich im Disziplinarverfahren verurteilt wird. Dem Publikum ist die in der Rechtsprechung zutage tretende Unvollkommenheit der menschlichen Dinge genugsam bekannt. Die verschiedenen Erkenntnisse in den Instanzen desselben Prozesses sind ihm etwas Alltägliches, ebenso die verschiedene Beurteilung derselben Verhältnisse im Zivil- und Strafprozesse. Es ist darum wirklich kein Grund, sich aufzuregen, wenn ein Beamter, der durch die Maschen des Strafprozesses glücklich hindurchgeschlüpft war, nachträglich doch von dem schärfer prüfenden Disziplinarrichter schuldig befunden und aus dem Amte entlassen wird. Am allerwenigsten werden solche Erkenntnisse zu einem Mißtrauen gegen die Rechtsprechung Veranlassung geben, wenn die Disziplinarsachen von besonderen Gerichtshöfen mit richterlichen Mitgliedern erledigt werden. Daß die Disziplinarkammer sich nicht ohne Not mit dem gerichtlichen Urteil in Widerspruch setzen wird, ist selbstverständlich. Liegen also neben der strafbaren Handlung, von der der Angeklagte freigesprochen ist, Begleitumstände im Sinne des § 5 vor, welche an sich schon die zu treffende Entscheidung rechtfertigen, so wird das Disziplinargericht sein Urteil zweckmäßig auf die letzteren allein gründen und es dahin gestellt sein lassen, ob sich der Angeklagte der Handlung schuldig gemacht hat, von der ihn der Strafrichter freigesprochen hat. Vergl. v. Rheinbaben (2. Aufl.) S. 116.

In dem anderen Falle, wenn der Strafrichter verurteilt hat, der Disziplinarrichter aber freisprechen will, haben wir die Möglichkeit widersprechender Erkenntnisse schon jetzt, und wir werden sie auch ferner ertragen können. Die oben erwähnten Schwierigkeiten, welche entstehen, wenn ein Beamter durch ein gerichtliches Erkenntnis kompromittiert ist, die Disziplinarbehörde ihn aber für unschuldig hält und im Amte halten will, können behoben werden durch das Gnadenverfahren. Schon jetzt legt die Staatsanwaltschaft bei der Frage, ob das Gnadengesuch eines Beamten befürwortet werden soll, den größten Wert auf das Urteil der vorgesetzten Behörde. Sie fragt in der Regel an, ob der Beamte im Falle eines Gnadenerweises im Amte bleiben würde. Für eine Begnadigung würde aber erst recht die Voraussetzung gegeben sein, wenn das Disziplinargericht in der Beurteilung der Sache zu einer Freisprechung gelangt ist. Auch das Wiederaufnahmeverfahren wird vielfach am Platze sein, wenn das Disziplinargericht zu einem anderen Ergebnisse gekommen ist als der Strafrichter.

Sich widersprechende Erkenntnisse würden sicherlich seltener vorkommen, wenn das Disziplinarverfahren dem Strafverfahren voranginge. Wie bereits oben ausgeführt, ist das staatliche Interesse an der Förderung des Disziplinarverfahrens, wenn es sich nicht um ein Kapitalverbrechen handelt, größer als das an dem Strafverfahren. Der Disziplinarrichter würde aber auch dem Strafrichter besser vorarbeiten als umgekehrt. Bei den Amtsvergehen, welche der Mehrzahl der Disziplinaruntersuchungen zugrunde liegen, kann das Disziplinargericht aus ganz anderer Sachkunde urteilen als das ordentliche Gericht. Der Disziplinarrichter ist gewissermaßen der Spezialist. Seine Akten werden dem Strafrichter sehr viel wertvoller sein als die Strafakten dem Disziplinarrichter. Wird die Bestimmung beseitigt, daß die Disziplinaruntersuchung erst nach beendetem Strafverfahren be-

Digitized by Google

ginnen darf, so wird sie in den meisten Fällen sofort eingeleitet werden können, und vielleicht wird der Strafrichter dann die seinige zurückstellen, um sich, besonders in leichteren Fällen, die fertigen Ergebnisse der Disziplinaruntersuchung zunutze zu machen. Eine Menge Arbeit könnte dadurch gespart werden. Sicher würden aber auch offenbare Fehlsprüche, wie sie bei Amtsvergehen bei den Gerichten öfter vorkommen, vermieden werden. Und auch für die Strafzumessung würde die in dem Disziplinarerkenntnisse niedergelegte Beurteilung der Tat von größter Bedeutung sein.

Will man aber sich widersprechende Erkenntnisse der beiden Gerichtshöfe unter allen Umständen vermeiden, so bleibt noch ein Vorschlag übrig, der allerdings ganz revolutionär ist.

Man hat es seinerzeit als eine große Errungenschaft betrachtet, daß das Disziplinarverfahren vom gerichtlichen völlig getrennt und daß beide verschiedenen Behörden zugewiesen wurden (§ 3 des Gesetzes). Das Gesetz mußte damals über diese Dinge erst Klarheit schaffen. Heute würden wir vielleicht Disziplinar- und Strafverfahren in gewissen Stadien wieder verbinden können, ohne damit Unheil anzurichten. Warum sollte man diesen Gedanken ganz verwerfen? Es ist derselbe Mann, es ist dieselbe Tat. Selbstverständlich muß die Verurteilung durch verschiedene Gerichtshöfe ausgesprochen werden, aber bis zur Hauptverhandlung könnte die Untersuchung für beide Verfahren zusammenlaufen. Man müßte die Reichsgesetzgebung in Anspruch nehmen und die Strafprozeßordnung ändern in dem Sinne, daß bei Delikten von Beamten, gegen die gleichzeitig wegen derselben Tat eine disziplinarische Untersuchung eingeleitet ist, eine Mitwirkung der Disziplinarbehörde bei der Untersuchung ermöglicht wird. Diese Behörde müßte Akteneinsicht erhalten und befugt sein, bei allen Terminen sich vertreten zu lassen, Anträge zu stellen und Beweismaterial zu liefern. Man könnte auch in der gerichtlichen Hauptverhandlung das Kollegium durch Mitglieder des Disziplinargerichts verstärken zwecks gemeinsamer Entscheidung über die Schuldfrage mit verbindlicher Wirkung für das Disziplinargericht. Die kriminelle Strafe würde dann allein vom Strafgerichte, die disziplinarische später auf Grund des gerichtlichen Urteils vom Disziplinargericht ausgesprochen werden.

Welchen Weg man auch beschreiten will, das Ziel muß jedenfalls bleiben, die Bahn für das Disziplinarverfahren möglichst schnell frei zu machen. Die stilliegenden Disziplinarverfahren, die erst aufgenommen werden, wenn langwierige Strafprozesse erledigt sind und über die Sache längst Gras gewachsen sein könnte, müssen verschwinden. Wenn das Disziplinarverfahren noch schneller erledigt wird als das Strafverfahren, so würde dagegen gar nichts einzuwenden sein. Denn es kann dem Ansehen der Beamtenschaft nur förderlich sein, wenn ein Beamter, dessen Dienstentlassung wegen einer strafbaren Handlung nötig geworden ist, bereits durch Disziplinarerkenntnis aus seinem Amte gesetzt ist, bevor er in öffentlicher Strafgerichtsverhandlung vor die Schranken tritt.

Die Regierungsvorlage zum Disziplinargesetze war auf dem richtigen Wege. Sie wollte die alsbaldige Einleitung des Disziplinarverfahrens ohne Rücksicht auf das Strafverfahren dann zulassen, wenn ein dringendes dienstliches Interesse vorliege und das Strafverfahren „sehr weit ausschauend" sei. Leider sind die beiden Kammern aus den Gründen, von denen oben dargetan ist, daß sie nicht stichhaltig sind, diesem Vorschlage nicht gefolgt und haben das unbedingte Abwarten des gerichtlichen Verfahrens vorgeschrieben. Bedauerlich ist, daß sich die ganze neuere Beamtengesetzgebung dieser Anschauung angeschlossen hat, obwohl die bezüglich der Dauer der Disziplinarverfahren gemachten Erfahrungen eine Revision dieses Standpunkts nahe gelegt hätten. Von der neuen Gesetzgebung darf erwartet werden, daß sie diese Revision vornimmt und den Krebsschaden des Disziplinarverfahrens, die endlose Verschleppung, durch eine Änderung der Bestimmungen über die Abhängigkeit vom gerichtlichen Verfahren beseitigt.

Digitized by Google

Die Berufung.

Zweierlei Aufgaben hat das Rechtsmittel zu erfüllen. Einmal soll die Möglichkeit geschaffen werden, daß das erstinstanzliche Urteil durch einen anderen Gerichtshof vollständig oder innerhalb vom Gesetze gezogener Grenzen nachgeprüft wird, wodurch eine erhöhte Garantie gegen Fehlsprüche geschaffen werden soll. Außerdem bezweckt das Rechtsmittel die Förderung einer einheitlichen Rechtsprechung im ganzen Geltungsgebiete des Gesetzes.

Diese beiden Aufgaben muß man sich vor Augen halten, wenn man prüfen will, ob das Beispiel von Baden (§ 103), Württemberg (Art. 83) und Hessen (Art. 18, 34) nachahmenswert ist, welche in Disziplinarsachen nur eine einzige Instanz kennen.

Zunächst ist die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in diesen Bundesstaaten schon dadurch gegeben, daß alle Disziplinarsachen an denselben Gerichtshof, den für das ganze Staatsgebiet bestellten Disziplinarhof, gehen. Dieser Disziplinarhof stellt aber auch die Behörde dar, welche allein als Berufungsinstanz in Frage kommen würde, wenn mehrere Disziplinargerichte erster Instanz eingerichtet wären. Es wird also auf zwei Instanzen verzichtet, weil alle Sachen schon von vornherein an das Obergericht kommen. Anders liegen die Verhältnisse in Preußen. Hier ist eine Zentralisierung selbstverständlich unmöglich; die Rechtsprechung muß sich auf eine ganze Anzahl von Disziplinarkammern verteilen, die keineswegs nach gleichmäßigen Grundsätzen verfahren werden, und deren Rechtsprechung auch nicht überall so vollständig einwandfrei sein wird, daß auf eine Korrektur verzichtet werden könnte. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß ein Disziplinarhof als höhere Instanz bestehen muß, und es ist nur fraglich, wie er zu besetzen ist, und in welchem Umfange die erstinstanzlichen Erkenntnisse nachgeprüft werden sollen.

Daß das Staatsministerium, dem richterliche Aufgaben überhaupt ganz fern liegen, künftig als Forum für Disziplinarsachen ausscheiden muß, versteht sich von selbst. Ebenso muß die Bestimmung fallen, wonach neben dem erkennenden Gerichte noch ein untersuchendes und begutachtendes (der Disziplinarhof) mitzuwirken hat (§ 45 Abs. 2). Eine Folge dieser Teilung der richterlichen Tätigkeit unter zwei Gerichtshöfe war, daß die Sachen sich sehr lange in der Berufungsinstanz aufhielten. Viele Beamte machten sich das zunutze, indem sie in ganz aussichtslosen Fällen die Berufung einlegten, nur um die Rechtskraft des Urteils zu verzögern und sich noch einige Zeit im Amte zu halten. Das neue Gesetz wird die Entscheidung über das Rechtsmittel einem Disziplinarhof übertragen müssen, der aus richterlichen und Verwaltungsbeamten zusammengesetzt ist. Ob auch diesem Gerichtshofe besondere Vertreter des Beamtenstandes als Richter mit angehören sollen, wollen wir an dieser Stelle nicht erörtern.

Die höhere Instanz darf sich nicht auf ein bloßes Revisionsverfahren beschränken. Nur wenn das Verfahren in erster Instanz etwa nach Art des schwurgerichtlichen gestaltet würde, was wir nicht befürworten möchten, bliebe dem Obergerichte keine andere Funktion übrig als die des Revisionsrichters im Strafprozesse.

Für nötig halten wir eine vollständige Nachprüfung der Schuld- und Straffrage. Nur wenn das Berufungsgericht den ganzen Fall neu aburteilt, vermag es eine vorbildliche Rechtsprechung zu geben und einheitliche Grundsätze zur Geltung zu bringen. Das neue Gesetz wird ebensowenig wie das alte besondere Strafbestimmungen für alle einzelnen Arten von Dienstvergehen geben können. Diese unvermeidliche Lücke muß durch die Rechtsprechung des Obergerichts ausgefüllt werden. Es ist dringend erwünscht, daß dessen Entscheidungen in möglichst weitem Umfange veröffentlicht werden, damit das Untergericht in seiner Rechtsprechung festen Boden unter den Füßen erhält.

Ist es nun wirklich nötig, daß, wie dies von manchen Seiten gefordert wird, im Rahmen der Berufungsanträge die ganze Verhandlung und Beweisaufnahme vor dem Berufungsgerichte wiederholt werden muß? Wenn

Digitized by Google

ohne dies eine solide Rechtsprechung nicht möglich wäre, dürfte, wie Brand S. 73 a. a. O. zutreffend ausführt, die Kostenfrage kein Hindernis sein. Auch nicht die große Belastung des Obergerichts, die dazu führen würde, eine ganze Anzahl von Senaten einzurichten, zwischen denen dann die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nur durch besondere gesetzliche Bestimmungen, wie beim Reichsgericht, aufrechterhalten werden könnte.

Unseres Erachtens geht die obige Forderung zu weit. Die Tätigkeit des Obergerichts braucht sich nicht weiter zu erstrecken als zu einer wirksamen Kontrolle der erstinstanzlichen Erkenntnisse nötig ist. Diese Kontrolle ist, wie die durchaus einwandfreie Rechtsprechung des Staatsministeriums beweist, in der weitaus größten Zahl der Fälle ohne vollständige Wiederholung der erstinstanzlichen Verhandlung ganz gut möglich. Erwünscht ist allerdings die Bestimmung, daß die Ergebnisse der Beweisaufnahme in erster Instanz protokollarisch festgelegt werden müssen. Ferner muß auf die korrekte Darstellung des Tatbestandes in den Erkenntnissen erster Instanz der größte Wert gelegt werden. Gewinnt das Obergericht die Überzeugung, daß die Beweisaufnahme zu Unrecht beschränkt, die Sache nicht genügend aufgeklärt, der Tatbestand nicht erschöpfend dargestellt, kurz, die Bearbeitung der Sachen eine mangelhafte gewesen ist, so muß es die Befugnis haben, die ganze Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen. Dies Verfahren hat eine sehr gute erzieherische Wirkung auf Untergerichte, die nicht sorgfältig arbeiten. Findet das Obergericht, daß die erstinstanzliche Kammer es in einer Sache überhaupt an der erforderlichen richterlichen Objektivität hat fehlen lassen, so muß es auch zur Verweisung an ein anderes Gericht erster Instanz befugt sein.

Selbstverständlich muß auch vor dem Berufungsgerichte die Wiederholung der ganzen oder eines Teiles der Beweisaufnahme möglich sein. Sie darf aber nicht die Regel bilden. Ebenso müssen in der Berufungsinstanz neue Beweise erhoben werden können. Es ist nicht unbedingt nötig, daß alle diese Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht erfolgen, sie werden auch kommissarisch oder durch ersuchte Behörden erledigt werden können, wenn das Berufungsgericht dies anordnet. Das Rechtshilfewesen muß aber im Gesetze gründlich geregelt werden, da das gegenwärtige Gesetz hierüber keine Bestimmungen enthält. Im übrigen liegt auf diesem Gebiet überhaupt manches im Argen. Was bei den Zeugenvernehmungen durch ersuchte überlastete Großstadtgerichte herauskommt, weiß der Praktiker; hier ist sehr oft Zeit und Geld verloren, da die Vernehmungen so ungründlich sind, daß sie nachher doch vor dem Prozeßgerichte wiederholt werden müssen.

Über den Umfang der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz muß das Berufungsgericht allein zu bestimmen haben. Man muß zu einem Disziplinarhofe, der mit den besten Kräften des Landes besetzt sein sollte, schon das Vertrauen haben, daß er die Beweisaufnahme nicht zum Nachteile des Angeschuldigten ungerecht beschränkt; andererseits muß aber die Möglichkeit bestehen, alle Beweisanträge, die nur auf Verschleppung abzielen, sofort und ohne Anfechtung zurückzuweisen. So muß das Ziel erreicht werden, daß alle unzweifelhaft richtig abgeurteilten Sachen, in denen das Rechtsmittel von vornherein aussichtslos ist, glatt und schnell entschieden und rechtskräftig erledigt werden, während die verhältnismäßig geringe Zahl der anscheinend nicht ohne Grund angefochtenen Urteile mit aller Gründlichkeit und ohne Rücksicht auf Zeit und Kosten revidiert wird.

Die Strafversetzung.

Die Beibehaltung der Strafversetzung wird bei einer Neuregelung des Disziplinarverfahrens wohl eine der umstrittensten Fragen sein. Meinungsverschiedenheiten bestanden hierüber bereits bei der Beratung des Gesetzes zwischen Kommission und zweiter Kammer. Begeisterung herrscht für diese Strafart wohl nirgends, und auch wer für ihre Beibehaltung eintritt, ist sich ihrer Mängel wohl bewußt. Das sächsische Beamtengesetz vom 3. Juni 1876 kennt die Strafversetzung überhaupt nicht.

Digitized by Google

Das hauptsächlichste Bedenken gegen die Strafversetzung besteht darin, daß die Vollstreckung unter Umständen auf Schwierigkeiten stößt, und daß die Wirkung der Strafe durchaus von ihrem Vollzug abhängt, der in der Hand der vorgesetzten Behörde liegt. Die Strafe setzt sich aus zwei Dingen zusammen, einmal aus der Versetzung selbst, bei der natürlich so verfahren werden soll, daß der Beamte sie möglichst nicht als eine Verbesserung seiner Lage, sondern als eine Strafe empfindet, und dann aus den dem Beamten aufzuerlegenden Vermögensnachteilen[8]). Von diesen Dingen ist bei der Urteilsfällung nur eine etwa verhängte Gehaltsminderung klar zu übersehen; wie die Versetzung selbst den Beamten trifft, und welche finanzielle Tragweite der Verlust der Umzugskosten hat, hängt davon ab, welchen neuen Dienstort die vorgesetzte Behörde bei der Vollstreckung des Erkenntnisses für den Beamten bestimmt. Da man nun das eine nicht richtig bemessen kann, wenn das andere unbekannt ist, hat das hessische Gesetz (Art. 8) in ganz konsequenter Weise bestimmt, daß das Disziplinargericht sich überhaupt nur darauf zu beschränken habe, die Strafversetzung für zulässig zu erklären; alles andere ist dann Sache der vorgesetzten Behörde. Die Tendenz, den Beamten in Disziplinarsachen möglichst dem Einflusse der vorgesetzten Behörde zu entziehen und allein der richterlichen Entscheidung zu unterwerfen, führt aber gerade zum umgekehrten Ergebnisse. Es wird darum als erwünscht bezeichnet, daß das Erkenntnis Maß und Dauer der dem Angeschuldigten aufzuerlegenden Vermögensnachteile möglichst genau bezeichnet. Zu fordern sind eine gesetzliche Begrenzung der zulässigen Gehaltsminderung und die Festlegung ihrer Dauer im Urteile (vgl. Brand S. 33 und 35). Es ist aber auch nötig, daß sich das erkennende Disziplinargericht über die oben erwähnten unbekannten Faktoren der Strafe wenigstens eine gewisse Vorstellung bildet. Es darf nicht vorkommen, daß ein Erkenntnis die zur Vollstreckung berufene Behörde vor eine ganz unmögliche Aufgabe stellt, oder daß bei der Bemessung der dem Angeschuldigten aufzuerlegenden Vermögensnachteile von ganz falschen Voraussetzungen darüber ausgegangen wird, ob die Versetzung an sich für den Beamten eine empfindliche Maßregel ist oder nicht. Bei der bisherigen Organisation der Disziplinarbehörden hatte in der Regel der Personaldezernent, dem später die Ausführung einer etwa erkannten Strafversetzung oblag, Sitz und Stimme im Kollegium. Er konnte sich rechtzeitig ein Bild machen, ob und wie eine Strafversetzung zu vollstrecken sei, und wenn hier Schwierigkeiten bestanden, so hatte er ein gewichtiges Wort mitzusprechen. Wird aber die Rechtsprechung in Disziplinarsachen künftig Gerichtshöfen übertragen, die von der vorgesetzten Behörde ganz unabhängig sind, so wird ein Weg gefunden werden müssen, auf dem sich der Gerichtshof über die Möglichkeiten einer wirksamen Strafversetzung rechtzeitig unterrichten kann. Am zweckmäßigsten würde sich die vorgesetzte Behörde bei Übersendung der Akten hierüber aussprechen. Sie würde unter Umständen erklären und begründen, daß eine Strafversetzung ohne Verletzung wichtiger dienstlicher Interessen überhaupt nicht ausführbar sei, oder daß eine solche von dem Beamten unter den gegenwärtigen Verhältnissen nicht als Strafe, sondern als eine Wohltat empfunden werde. Im letzteren Falle würde der Gerichtshof, falls er die Strafe trotzdem verhängt, bei der

[8]) Verlust der Umzugskosten stets in Bayern, Württemberg, Hessen; in Preußen alternativ oder kumulativ mit Minderung des Diensteinkommens. Im Reiche werden die Umzugskosten stets gewährt.

Verminderung des Diensteinkommens: In Preußen ist eine bestimmte Grenze dafür nicht gezogen. Das Maß der Gehaltsminderung muß im Urteile festgesetzt werden (Staatsministerialentscheidung vom 29. Mai 1874). Hingegen gilt die Festsetzung der Dauer der Gehaltsminderung als Akt der Strafvollstreckung und bleibt der vorgesetzten Behörde vorbehalten (v. Rheinbaben S. 162). In den anderen Bundesstaaten ist die zulässige Gehaltsminderung meist auf ein Drittel oder ein Fünftel des Gehalts beschränkt.

Digitized by Google

Bemessung der dem Angeschuldigten aufzuerlegenden Vermögensnachteile auf diese Verhältnisse gebührend Rücksicht nehmen müssen.

Die Vollstreckung der Strafversetzung macht Schwierigkeiten in der Regel nur bei kleineren Behörden, die über verhältnismäßig wenige Stellen verfügen. Eine Verwaltung mit großer Beamtenschaft, die sich auf ein weites Gebiet und eine Menge von Orten mit ganz verschiedenen Lebensverhältnissen verteilt, wird nicht so leicht in Verlegenheit kommen, und sie wird auch vermeiden können, daß sich bestimmte weniger beliebte Orte des Verwaltungsbezirkes als Strafkolonien entwickeln, und daß hierdurch die Dienstfreudigkeit der an diesen Orten beschäftigten Beamten gedrückt wird, eine unerfreuliche Erscheinung, die oft gegen die Strafversetzung ins Feld geführt wird.

Übrigens besteht ein Hauptnachteil der Strafversetzung, auf den bisher viel zu wenig hingewiesen wurde, darin, daß sehr oft der eigentliche Leidtragende bei dieser Maßregel ein Unschuldiger ist. Es ist keineswegs immer möglich, so zu disponieren, daß dem Beamten, der an die Stelle des Strafversetzten gebracht wird, damit eine Wohltat erwiesen wird. Liegen nach dem fraglichen Orte keine Versetzungswünsche vor, so muß ein Beamter gegen seinen Willen aus seinen bisherigen Dienst- und Lebensverhältnissen herausgerissen werden, was trotz der Umzugskostenentschädigung für ihn einen schweren Nachteil bedeuten kann. Es kann sich an die Strafversetzung unter Umständen notwendigerweise eine ganze Kette von weiteren Versetzungen anknüpfen, durch die andere Beamte unmittelbar oder mittelbar in Mitleidenschaft gezogen werden. Das muß sich ein Beamter freilich auch bei Versetzungen im dienstlichen Interesse gefallen lassen. Aber dann tritt es doch niemals so kraß in die Erscheinung, daß der eine wegen der Sünden des anderen Nachteile auf sich nehmen muß.

Trotz aller dieser gegen die Strafversetzung sprechenden Gründe müssen wir uns mit Brand (S. 30 ff. a. a. O.) für ihre Beibehaltung aussprechen, vor allem aus dem durchschlagenden Grunde, daß für den Richter zwischen der Dienstentlassung und der höchsten zulässigen Ordnungsstrafe noch ein Mittelweg gegeben sein muß. Die Strafversetzung gibt dem Richter die Möglichkeit, in Fällen, in denen eine Ordnungsstrafe nicht zur Sühne eines Dienstvergehens ausreichen würde, von der Entlassung abzusehen und mit dem Beamten einen letzten Versuch zu machen, gleichzeitig aber durch einen sehr empfindlichen Eingriff in seine gesamten dienstlichen und privaten Verhältnisse erzieherisch auf ihn einzuwirken. Die Strafversetzung ist in diesen Fällen nicht das Ziel des Disziplinarverfahrens; das letztere wird vielmehr auf Entlassung des Beamten aus dem Dienstverhältnis überhaupt gerichtet, und die Strafversetzung ist lediglich eine im Einzelfall eintretende, bei der Einleitung des Verfahrens nicht beabsichtigte schwächere Wirkung.

Bei der Beratung des Gesetzes trat aber die Regierung für die Strafversetzung auch aus dem Grunde ein, weil sie sich besonders für Fälle eigne, in denen die Verfehlung eines Beamten vorwiegend lokalen Charakter habe und deswegen als Strafe nicht die Dienstentlassung, sondern nur die disziplinarische Entfernung aus dem bisherigen Wirkungskreis angebracht sei[9]).

Demgegenüber wurde vielfach die Ansicht vertreten, so von Brand (S. 31 a. a. O.), und in der Praxis von Seydel, einem der vorzüglichsten Kenner des Disziplinarrechts, daß jedes von vornherein nur auf Strafversetzung zielende Disziplinarverfahren verfehlt sei; wenn es nur darauf ankomme, den Beamten aus seinem Wirkungskreise zu entfernen, so sei die Versetzung im dienstlichen Interesse angebracht, wodurch dieser Zweck schneller und einfacher erreicht werde.

Hierbei wird aber u. E. verkannt, daß es sich in den fraglichen Fällen nicht nur um die Entfernung des Beamten aus seinem Amtskreise handelt,

[9]) Ebenso in den Motiven des Entwurfes zum Reichsbeamtengesetze von 1872. Siehe Perels-Spilling zu § 75 RBG.

Digitized by Google

sondern daß eine nachdrückliche Bestrafung damit verbunden sein muß, wie sie ohne Strafversetzung meist nicht erreicht werden kann. Hat sich beispielsweise ein Beamter außerdienstlich durch eine schwere Verfehlung, etwa auf sexuellem Gebiete, derartig kompromittiert, daß er in seinem bisherigen Amte nicht bleiben kann, so würde die vorgesetzte Behörde, wenn sie die Strafversetzung nicht betreiben will und statt dessen eine Versetzung im dienstlichen Interesse verfügt hat, wegen der Verfehlung nur mit einer Ordnungsstrafe einschreiten können. Damit würde sie aber auf eine ausreichende Sühne verzichten müssen. Denn die Versetzung im dienstlichen Interesse erfüllt dem Beamten auf Staatskosten einen Wunsch, den er selbst hegen muß, nachdem ihm an seinem bisherigen Dienstorte der Boden unter den Füßen zu heiß geworden ist, und enthebt ihn der Notwendigkeit, selbst unter Verzicht auf die gesetzlichen Umzugskosten um seine Versetzung nachzusuchen, was für ihn in finanzieller Beziehung viel empfindlicher ist als die höchste Ordnungsstrafe, die nach dem Gesetze gegen ihn verhängt werden kann. Im übrigen wird es dem gesunden Empfinden der vorgesetzten Behörde durchaus widersprechen, wegen schwerer Verfehlungen, die nicht auf dienstlichem, sondern auf moralischem Gebiete liegen, z. B. Ehebruch, Geldstrafen zu verhängen[10]); geschieht dies aber nicht, so geht der Beamte so gut wie ganz straffrei aus. Die allein logische Entscheidung in einem solchen Falle ist also offenbar die, daß der Beamte, der sich durch eine schwere Verfehlung örtlich in seinem Amte unmöglich gemacht hat, aus diesem strafweise versetzt wird, ohne den Fiskus mit Umzugskosten zu belasten. Hier ist der Fall gegeben, daß die Behörde von vornherein nur darauf ausgeht, eine Strafversetzung herbeizuführen.

Aber gerade in diesem Falle versagt das Gesetz vollständig. Denn die Strafversetzung kann nur im Wege des förmlichen Disziplinarverfahrens ausgesprochen werden. Was der Fall erheischt, ist, daß der schuldige Beamte sofort von seinem Dienstorte verschwindet. Beim förmlichen Verfahren bleibt er aber an seinem Amtsort und wird nur suspendiert, wodurch das Ärgernis erst recht verbreitet wird, bis dann nach einem langwierigen Verfahren, vielleicht erst in zweiter Instanz, auf die Strafversetzung erkannt wird. Die Praxis ließ sich hierauf selbstverständlich nicht ein. Entweder versetzte sie den Beamten sofort im dienstlichen Interesse und fand sich damit ab, daß die etwa gleichzeitig zu verhängende Ordnungsstrafe keine ausreichende Sühne darstellte, oder sie beschritt einen anderen Weg. Sie lud sich den schuldigen Beamten vor und eröffnete ihm in nachdrücklicher Weise, daß er sich eines Vergehens schuldig gemacht habe, das die Entfernung aus seinem Amte zur Folge haben müsse. Sie sei entschlossen, zu diesem Zwecke das förmliche Verfahren einzuleiten und ihn vom Amte zu suspendieren. Sie sei aber der Meinung, daß das Vergehen nicht notwendig die Dienstentlassung zur Folge haben müsse, sondern durch eine Strafversetzung ausreichend gesühnt werden könne. Sie werde daher von der Einleitung des förmlichen Verfahrens und der Suspension dann absehen, wenn der Beamte anerkenne, daß er die Entfernung aus dem Amte als Disziplinarmaßregel verwirkt habe, sich zur Vermeidung des förmlichen Verfahrens einer Strafversetzung im Verfügungsweg unterwerfe und zu diesem Zwecke selbst unter Verzicht auf die gesetzlichen Umzugskosten um Versetzung an einen anderen Dienstort nach dem Ermessen der vorgesetzten Behörde nachsuche. Der Beamte, dem für diese wichtige Entscheidung selbstverständlich eine angemessene Bedenkzeit gegeben werden muß, wird in den meisten Fällen geneigt sein, sich mit dieser Regelung der Sache einverstanden zu erklären. Denn er vermeidet die

[10]) Man wende nicht ein, daß die Strafe nicht wegen der moralischen Verfehlung, sondern wegen der Schädigung des amtlichen Ansehens verhängt werde. Das Personal wird diese Unterscheidung nicht verstehen. Es wird immer die Anschauung haben, die vorgesetzte Behörde habe auch für moralische Verfehlungen einen nach Geldsummen abgestuften Straftarif.

Digitized by Google

Suspension vom Amte und ist sicher, daß er mit der Strafversetzung davonkommt, während er bei Einleitung des förmlichen Verfahrens nicht weiß, wie die Sache ausgehen kann. Das einmal eingeleitete Verfahren kann auch zur Dienstentlassung unter Verlust des Titels und Pensionsanspruchs führen, ja, bei einem anderen Ergebnis ist sogar der Vertreter der Staatsanwaltschaft nach den bestehenden Verwaltungsbestimmungen gehalten, die Berufung einzulegen, und es kann dann noch in der Berufungsinstanz eine dem Angeschuldigten nachteiligere Entscheidung ergehen.

Daß das hier geschilderte Verfahren, mit dem schuldigen Beamten über eine Strafversetzung ohne förmliches Verfahren zu *verhandeln*, bei kündbar angestellten Beamten ohne weiteres platzzugreifen hat, kann nicht zweifelhaft sein. Bei unkündbar angestellten Beamten wird es aber von mancher Seite als nicht unbedenklich bezeichnet werden. Nach diesen Bedenken konnte die Praxis großer Verwaltungen, die sich nicht unnütz mit langwierigen Disziplinarverfahren befassen können, nichts fragen. Dem beteiligten Beamten, der mit der Suspension und mit dem förmlichen Verfahren verschont wurde, wurde mit dieser Behandlung der Sache die größte Wohltat erwiesen. Das Verfahren liegt übrigens durchaus im Sinne der modernen Beamtengesetzgebung, die von förmlichen Verfahren nichts wissen will, wenn das Ziel derselben durch eigene Disposition des Beamten erreicht werden kann. So kann im Reiche (§ 100), in Bayern (Art. 114), in Württemberg (Art. 93), Baden (§ 96) und Hessen (Art. 25) der beschuldigte Beamte das Disziplinarverfahren dadurch zur Einstellung bringen, daß er freiwillig unter Verzicht auf Titel, Diensteinkommen und Ruhegehalt aus dem Staatsdienst ausscheidet, eine Bestimmung, die selbstverständlich auch in das neue preußische Gesetz übergehen muß. Es dürfte sich empfehlen, in dem neuen Gesetze das oben beschriebene Verfahren ausdrücklich vorzusehen. Es müßte bestimmt werden, daß die Strafversetzung im Verfügungsweg ohne förmliches Verfahren ausgesprochen werden kann, wenn der Beamte sich ihr freiwillig unter Verzicht auf das förmliche Verfahren unterwirft.

Wie aber, wenn der Beamte sich in solchen Fällen mit der Strafversetzung nicht einverstanden erklärt? Wenn er auf dem förmlichen Verfahren besteht, vielleicht in dem Gedanken, die Behörde werde dieses unter allen Umständen vermeiden wollen, und er werde dann doch noch mit Versetzung im dienstlichen Interesse und Belegung mit einer Ordnungsstrafe davonkommen? Soll die Behörde in diesem Falle den Beamten entgegen ihrem Wunsche suspendieren und bis zur Beendigung des förmlichen Verfahrens an seinem Dienstorte belassen? Oder soll sie den Beamten zunächst im dienstlichen Interesse versetzen, um ihn auf alle Fälle schleunigst von seinem Dienstorte wegzubringen, und dann das förmliche Verfahren einleiten, das möglicherweise auf nochmalige Versetzung als Strafversetzung hinausläuft. v. *Rheinbaben* (S. 158) vertritt die Ansicht, daß unter Umständen eine solche zweimalige Versetzung erfolgen müsse, da die Strafversetzung *als Strafe* auch dann noch ausgesprochen und vollzogen werden müsse, wenn ihr erster Zweck, die Entfernung des Beamten aus seinem Wirkungskreis, in dem er Achtung und Ansehen eingebüßt habe, bereits durch eine im dienstlichen Interesse ausgesprochene Versetzung erreicht sei. Er erwähnt aber gleichzeitig eine Entscheidung, wonach das Staatsministerium in einem Einzelfalle (H. 396, 12. Februar 1902) eine im Interesse des Dienstes erfolgte Versetzung als vorausgenommene Strafversetzung hat gelten lassen. Dies zeigt den richtigen Weg, den der Gesetzgeber beschreiten muß. Nötig ist eine Bestimmung des folgenden Inhalts:

Erachtet die Behörde wegen einer Verfehlung eines Beamten seine sofortige Entfernung aus dem Amte durch Disziplinarmaßregel für erforderlich, ist sie aber der Meinung, daß nicht Dienstentlassung geboten ist, sondern Strafversetzung ausreicht, so ist sie befugt, den Beamten zu versetzen vorbehaltlich der Entscheidung in dem gleichzeitig einzuleitenden förmlichen Disziplinarverfahren, ob die Versetzung als Strafversetzung oder als solche

Digitized by Google

im dienstlichen Interesse zu gelten hat. Wird der Beamte im förmlichen Verfahren zur Strafversetzung verurteilt, so gilt diese als vollzogen, und es sind dem Beamten nur noch die nach der Entscheidung damit verbundenen Vermögensnachteile aufzuerlegen. Wird der Beamte freigesprochen oder nur zu einer Ordnungsstrafe verurteilt, so bleibt die Versetzung als solche im dienstlichen Interesse bestehen, und das Gleiche gilt, wenn auf Dienstentlassung erkannt wird, da diese Strafe nicht mit einer vorherigen Strafversetzung kumuliert werden kann.

Degradation.

Über die Frage, ob die Strafversetzung nur in ein Amt von gleichem Range stattfinden solle, oder ob auch Versetzung in ein Amt von geringerem Range — Degradation — zulässig sein soll, waren die Ansichten schon bei der Entstehung des Gesetzes geteilt und sind es auch noch heute. Das Landrecht kannte die Strafe der Degradation, und die Kommission der ersten Kammer empfahl ihre Übernahme in das neue Disziplinargesetz. Der Antrag wurde aber mit großer Mehrheit abgelehnt. Auch die neueren Beamtengesetze haben die Degradation meist abgelehnt, mit Ausnahme von Baden (§ 81) und Bayern (Art. 109).

Für die Degradation wird angeführt, daß gegen Beamte in gehobener Stellung eine Strafversetzung in ein Amt von gleichem Range vielfach nicht möglich ist, daß sie vielmehr, wenn sie überhaupt im Beamtenverhältnisse belassen werden sollen, in eine unselbständige, der fortgesetzten Beaufsichtigung durch einen Vorgesetzten unterliegende Stellung gebracht werden müssen. Die Versetzung in ein geringeres Amt ist also in diesem Falle für den Beamten eine Wohltat; denn sie allein ermöglicht es, von der Dienstentlassung abzusehen, die erfolgen müßte, wenn das Gesetz eine Degradation ausschließt.

Gegen die Degradation wird gesagt, daß sie das persönliche Ehrgefühl des Beamten kränke, die Autorität seiner Stellung schwer erschüttere und ihn in der Achtung des Publikums herabsetze, wozu das Gesetz seine Hand nicht bieten dürfe. Brand (S. 32 a. a. O.) befürchtet auch, daß die unteren Klassen der Beamten, zu denen der Degradierte künftig gehören würde, herabgesetzt und gewissermaßen als Strafklassen gekennzeichnet würden.

Wir halten diese Bedenken nicht für durchschlagend. Sie möchten vielleicht zutreffen, wenn die Degradation zu einer ständigen Maßregel würde und so gewissermaßen ein Beamtenstand zweiter Klasse geschaffen würde. Das ist aber nicht zu befürchten, wenn richtig verfahren wird. Von der Degradation darf nicht allgemein, als Verschärfung der Strafversetzung, Gebrauch gemacht werden. Ganz unzulässig erscheint, solange die gegenwärtige scharfe Trennung dieser drei Klassen bestehen bleibt, die Versetzung höherer Beamter in die Klasse der mittleren und mittlerer in die der unteren. Es kann nur innerhalb derselben Klasse die Versetzung aus gehobenen Stellungen in untergeordnete in Betracht kommen. Degradation ist also nur zu verfügen gegen Beamte, deren Amt unzertrennbar mit einem Vorgesetztenverhältnisse verbunden ist, für das sie sich durch ihre Straftat als ungeeignet erwiesen haben. Die Vollstreckung der Strafe wird stets mit der Versetzung des Beamten in einen von seinem bisherigen weit entfernten Wirkungskreise verbunden sein. Es ist keineswegs notwendig, daß er dort von vornherein von seinen Mitbeamten und dem Publikum als Deklassierter angesehen wird. Es kommt bekanntlich auch vor, daß Beamte freiwillig auf ihren bisherigen höheren Rang verzichten, um eine Versetzung nach einem Dienstorte zu erlangen, auf den sie aus persönlichen Gründen ganz besonderen Wert legen. Es ist auch nicht ersichtlich, warum sich eine ganze Beamtenklasse gekränkt und als Strafklasse angesehen fühlen solle, wenn ein Beamter, der aus ihr hervorgegangen ist, sich aber in einem höheren Amte nicht bewährt hat, wieder in sie zurückversetzt wird.

Digitized by Google

Betrachtet man die soziale Seite der Sache, so muß man sich darüber klar werden, daß die Entlassung eines alten, vermögenslosen Beamten aus dem Dienste die völlige Vernichtung seiner Existenz bedeutet. Ein Mann, der sein ganzes Leben im Beamtendienste, meist innerhalb eines engen Gesichtskreises, zugebracht hat, ist in vorgerückten Jahren nicht mehr fähig, sich auf einem ganz neuen Arbeitsfelde nützlich zu betätigen oder auch nur für eine Familie den Unterhalt zu erwerben. Er ist genötigt, jede Stellung anzunehmen, die ihn nur halbwegs vor dem Verhungern schützt. Eine Unterstützung gemäß § 16 Abs. 3 des Gesetzes wird ihm in dem Disziplinarerkenntnisse nur in bescheidenstem Umfang und nur auf mäßige Zeit zugesprochen werden können; nach Ablauf dieser Frist steht er dem nackten Elende gegenüber. Andererseits würde ein solcher Beamter in einem niedrigeren Amte der Verwaltung, der er bisher angehörte, noch immer nützliche Arbeit leisten und seine Familie vor dem vollständigen Ruine bewahren können. Das Gesetz sollte also eine solche Möglichkeit nicht grundsätzlich ausschließen. Ein Fall aus der Praxis ist lehrreich.

Ein Beamter in gehobener Stellung in den fünfziger Jahren machte sich einer Handlung schuldig, die sich moralisch vorwiegend als ein Mißbrauch und eine Überschreitung seiner amtlichen Befugnisse darstellte, in ihrer formellen Ausführung aber als Urkundenfälschung unter das Strafgesetz fiel. Die Handlung erstrebte weder einen Vermögensvorteil, noch entsprang sie einer unehrenhaften Gesinnung. Das Gericht sah aber die Sache sehr streng an und verhängte eine Gefängnisstrafe von 9 Monaten. Ein Gnadengesuch wurde trotz der Befürwortung der vorgesetzten Behörde abgelehnt. Der Beamte mußte im förmlichen Verfahren entlassen werden, da er in seiner gehobenen Stellung nicht bleiben konnte und Degradation nicht zulässig ist. Es wurde ihm ein Teil der Pension auf zwei Jahre bewilligt, um ihm den Übergang in eine andere Erwerbsstellung zu erleichtern. Es war ihm aber absolut unmöglich, einen anderen Erwerb zu finden. Auch in einer Stellung, die seiner bisherigen Berufstätigkeit nahestand, konnte er, obwohl von der vorgesetzten Behörde unter der Hand empfohlen, nicht unterkommen, weil er zu alt war. Schließlich stellte ihn die Verwaltung, um ihn und die Familie vor dem äußersten Elende zu bewahren, auf einer Dienststelle in einer benachbarten Großstadt wieder ein. Er bearbeitete hier längere Zeit als Aushelfer das Pensum eines mittleren Beamten. Endlich stellte er den Antrag auf Wiedereinstellung als Beamter in irgendeiner Stellung nach dem Ermessen der Verwaltung. Diese ließ zunächst ermitteln, ob die Beamten der Dienststelle gegen seine Wiederaufnahme in das Beamtenverhältnis wegen seiner früheren Verfehlung und Bestrafung Einwendungen erheben würden. Obwohl die Vergangenheit des Mannes bei dem ganzen Personal bekannt war, trug niemand Bedenken hiergegen, im Gegenteil, alle gönnten es ihm, wieder in ein gesichertes Dasein hineinzukommen. Das Gesuch wurde darauf bei der Zentralbehörde befürwortet und nach anfänglicher Ablehnung schließlich genehmigt. Mit großem Aufwande von Schreibwerk wurde also das Ergebnis der Degradation schließlich doch erreicht. Wer solche Fälle in der Praxis selbst erlebt hat, der hat für die grundsätzlichen Bedenken gegen die Degradation kein Verständnis mehr.

Allerdings scheint es uns nicht wünschenswert, daß ein Beamter unmittelbar durch ein Disziplinarerkenntnis degradiert wird. Kein Beamter darf gegen seinen Willen in ein niedrigeres Amt versetzt werden. Es ist also stets Voraussetzung, daß der Beamte selbst diesen Antrag stellt für den Fall, daß er sonst nicht im Dienste belassen werden kann. Das Erkenntnis müßte dann dahin lauten, daß der Beamte aus dem Amte zu entlassen ist, daß aber seine Beibehaltung im Staatsdienst in einem Amte von niedrigerem Range zulässig ist. Sache der vorgesetzten Behörde ist es dann, den disziplinierten Beamten unter Berücksichtigung der dienstlichen Interessen in ein geeignetes niedrigeres Amt zu versetzen. Die Grundsätze, nach denen hierbei zu verfahren ist, müssen im Gesetze selbst oder durch Verwaltungsvorschrift festgelegt

Digitized by Google

werden, so beispielsweise die bereits obenerwähnte Norm, daß ein höherer Beamter nicht zum mittleren, ein mittlerer nicht zum unteren degradiert werden darf.

Eine solche Regelung würde unseres Erachtens den Bedenken gegen die Degradation, soweit sie begründet sind, begegnen und in manchen Fällen eine gerechtere und humanere Entscheidung ermöglichen.

Die Gehaltsentziehung wegen Fernbleibens vom Dienste.

§ 8 des Disziplinargesetzes bestimmt: [11])

> Ein Beamter, welcher sich ohne den vorschriftsmäßigen Urlaub von seinem Amte entfernt hält oder den erteilten Urlaub überschreitet, ist, wenn ihm nicht besondere Entschuldigungsgründe zur Seite stehen, für die Zeit der unerlaubten Entfernung seines Diensteinkommens verlustig.

Es entspricht dem gesunden Rechtsempfinden, daß ein Beamter für die Zeit, während deren er schuldhaft seinem Amte fernbleibt, auch sein Gehalt einbüßen muß. Wäre das Beamtenverhältnis ein rein privatrechtlicher Dienstvertrag, so würde dies eine selbstverständliche Rechtsfolge sein, da bei schuldhaft unterbliebener Dienstleistung auch der Anspruch auf die Gegenleistung wegfällt; eine ausdrückliche Bestimmung im Sinne des § 8 des Disziplinargesetzes wäre dann unnötig. Das Beamtenverhältnis ist aber ein öffentlichrechtliches, und die Bestimmungen über den Dienstvertrag finden nicht ohne weiteres Anwendung. Der Beamte ist nicht zu bestimmten, nach Zeitabschnitten bemessenen Dienstleistungen verpflichtet, sondern er hat seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Staates zu stellen, wofür ihm dieser ein Diensteinkommen als Unterhalt gewährt. Die eintägige Gehaltsquote ist *also* nicht die Gegenleistung für die eintägige Dienstleistung; eine solche Gleich*ung* muß für die Zwecke des Gehaltsabzugs wegen Dienstversäumnis erst durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung hergestellt werden, und dies ist durch den § 8 des Gesetzes geschehen. Er gehört dem materiellen Beamtenrecht an, zweifelhaft aber ist sein Charakter. Da der Anspruch des Beamten auf sein Diensteinkommen vor den ordentlichen Gerichten einklagbar ist, so greift § 8 offenbar in die privatrechtliche Sphäre hinüber. Meist wird er als eine Strafbestimmung angesehen. [12])

Gegen die letztere Auffassung scheint zunächst der Wortlaut des Gesetzes zu sprechen. Der Verlust des Gehaltsanspruchs ist darin ohne weiteres an den Tatbestand des Fernbleibens vom Amte geknüpft: „der Beamte ist verlustig" und nicht: „er ist mit dem Verluste des Diensteinkommens zu bestrafen". Es scheint also, daß die vorgesetzte Behörde lediglich den kraft Gesetzes eingetretenen Verlust des Gehalts feststellen soll. Wollte man § 8 als eine — absolute — Strafbestimmung betrachten, so müßte man ferner Bedenken tragen, wegen des Fernbleibens vom Amte außer dem Gehaltsverluste noch eine weitere Strafe zu verhängen. Es würde aber durchaus dem Rechtsempfinden widersprechen, wenn der Verlust des Gehalts die alleinige Sühne für ein Verhalten darstellen sollte, das auch bei mildester Beurteilung stets als eine nicht leichte Pflichtwidrigkeit angesehen werden muß. Denn nach § 8 wird dem Beamten im Grunde nur das unverdiente Gehalt entzogen, und das ist eigentlich noch keine Strafe. Die Zulässigkeit der Verhängung einer Ordnungsstrafe neben der Entziehung des Gehalts wird daher auch allgemein angenommen.

Für die Auffassung des § 8 als Strafbestimmung scheint andererseits § 17 zu sprechen: „Welche der in den §§ 14 bis 16 bestimmten Strafen anzuwenden sei, ist nach der größeren oder geringeren Erheblichkeit des Dienstvergehens mit Rücksicht auf die sonstige Führung des Angeschuldigten

---

[11]) Reichsbeamtengesetz § 14 Abs. 3, Baden § 14, Bayern Art. 22 Abs. 3 u. 4.

[12]) Seydel S. 81.

Digitized by Google

zu ermessen, unbeschadet der besonderen Bestimmungen der §§ 8 und 9." Der Charakter des § 8 als Strafbestimmung wird ferner daraus gefolgert, daß das Gesetz bei Widerspruch des Beamten gegen die Gehaltsentziehung die Entscheidung dem förmlichen Disziplinarverfahren zuweist.

Diese Bestimmung ist wenig glücklich. Sie mag da am Platze sein, wo ein Beamter sich so lange vom Amte ferngehalten hat, daß die Frage seiner Entlassung erwogen werden und jedenfalls eine schwere Disziplinarstrafe gegen ihn verhängt werden muß, so daß der Fall ohnedies für das förmliche Verfahren reif ist. Handelte es sich aber nur um eine kurze Zeit, während deren der Beamte sein Amt versäumt hatte, so verfügte die vorgesetzte Behörde die Einbehaltung des Gehalts niemals ohne die geheime Angst, bei Widerspruch des Beamten durch die Maßregel wegen einer verhältnismäßig unbedeutenden Angelegenheit ein förmliches Verfahren heraufbeschworen zu haben. Manche Praktiker zogen es vor, eine Ordnungsstrafe zu verhängen, deren Betrag ungefähr dem Gehalte für die Zeit der Dienstversäumnis gleichkam, und suchten so die Absicht des Gesetzgebers zu verwirklichen, ohne befürchten zu müssen, daß der umständliche Apparat des förmlichen Verfahrens aufgeboten wurde, brachten allerdings den Beamten gerade dadurch um die Garantie, die der Gesetzgeber ihm sichern wollte. Besonders unerwünscht ist, daß das förmliche Verfahren im Falle des § 8 auch gegen kündbar angestellte Beamte durchgeführt werden muß, wenn sie wegen der Kürzung des Gehalts Einspruch erheben.

Wir halten es für angebracht, daß der § 8 beibehalten wird, allerdings unter Klarstellung, ob die Gehaltsentziehung eine Ordnungsstrafe sein soll oder nicht, und, falls man sich für ersteres entscheidet, unter ausdrücklicher Bestimmung, daß sie mit anderen Strafen verbunden werden kann.

Es fragt sich, in welcher Weise an Stelle des förmlichen Disziplinarverfahrens über den Widerspruch des Beamten entschieden werden soll. Der Gesetzgeber muß sich schlüssig machen, ob die endgültige Entscheidung über die Gehaltsentziehung bei der höchsten Instanz der vorgesetzten Behörde liegen soll, oder ob dem Beamten gegen die Einbehaltung des Gehaltsteils der ordentliche Rechtsweg offen stehen soll. Das badische Gesetz (§§ 14. 75) läßt den Rechtsweg nach vorheriger Entscheidung der Zentralbehörde offen. Für Preußen und das Reich ist diese Frage davon abhängig, ob die Gehaltsentziehung eine Ordnungsstrafe ist; die oben erwähnte Streitfrage gewinnt also hier eine wichtige Bedeutung. Nach § 155 des Reichsbeamtengesetzes und nach § 5 des preußischen Gesetzes vom 24. Mai 1861 über die Zulässigkeit des Rechtswegs sind die Entscheidungen der Disziplinarbehörden über die Verhängung von Ordnungsstrafen für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend. Da nun nach der herrschenden Rechtsprechung (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 52 S. 20) die Gehaltsentziehung nach dem preußischen Gesetz als Ordnungsstrafe zu gelten hat, nach dem Reichsbeamtengesetz aber nicht, so ist der Rechtsweg für die Reichsbeamten offen, den preußischen Beamten verschlossen. Die Reichsbeamten sind also günstiger gestellt; der Ansicht von Brand (Beamtenrecht S. 536 Anm. 5), daß diese Regelung vorbildlich sei, können wir uns aber nicht anschließen. Die Entscheidung, daß einem Beamten wegen schuldhaften Fernbleibens vom Dienste ein Gehaltsteil zu entziehen ist, berührt zwar einen zivilrechtlich einklagbaren Anspruch des Beamten, sie beruht aber auf der Inzidentfeststellung, daß der Beamte sich eines Dienstvergehens schuldig gemacht hat und bringt eine vom Gesetzgeber an ein Dienstvergehen geknüpfte, zum mindesten strafartige Maßregel zur Wirkung. Diese Entscheidung kann darum nicht in letzter Instanz einem Verfahren überlassen werden, das von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird und nur die Feststellung der formellen Wahrheit zum Ziele hat. Die Gehaltsentziehungsmaßregel ist nicht nur eine Erklärung von zivilrechtlicher Bedeutung, sie ist ein Ausfluß der Amtshoheit der vorgesetzten Behörde. Es

Digitized by Google

empfiehlt sich darum nicht, sie der Kritik und der endgültigen Entscheidung des Zivilrichters zu unterwerfen, noch dazu im gewöhnlichen Prozeßverfahren, wo auch die Garantien fehlen, welche in Ehe- und Entmündigungssachen der materiellen Wahrheit zu ihrem Rechte verhelfen sollen.[13]) Es erscheint uns darum richtiger, nach dem Vorgange Bayerns die Beschwerde über die Gehaltsentziehung der Verwaltungsbehörde im ordentlichen Instanzenzuge zu überlassen (Art. 22 Abs. 4) und diese Entscheidung für den Zivilrichter verbindlich zu machen (Art. 178, 6). Daneben müßte bestimmt werden, daß, wenn wegen der Entfernung vom Dienste ein förmliches Disziplinarverfahren eingeleitet wird, in diesem gleichzeitig über die Entziehung des Gehalts zu befinden ist, damit nicht eine verschiedenartige Beurteilung des Verhaltens des Beamten durch das Disziplinargericht und die vorgesetzte Behörde eintreten kann.

Unbedenklich erscheint die Beseitigung des § 9 Abs. 1, wonach ein Beamter die Dienstentlassung verwirkt hat, wenn er sich länger als acht Wochen unerlaubt vom Amte entfernt gehalten hat. Der Gesetzgeber hat offenbar beabsichtigt, mit dieser absoluten Strafdrohung eine Warnungstafel für leichtfertige Beamte aufzurichten. Er hat aber damit vielfach den umgekehrten Erfolg erreicht. Denn man findet bei Beamten, die mit den gesetzlichen Bestimmungen nur oberflächlich bekannt sind, nicht selten die auf dem argumentum e contrario beruhende falsche Anschauung, daß man sich bis zu acht Wochen vom Dienste fernhalten könne, ohne die Strafe der Dienstentlassung fürchten zu müssen.

Das Recht des Kündigungsbeamten.

Während der unkündbar angestellte Beamte nur nach Durchführung eines vom Gesetz eingehend geregelten Verfahrens durch richterliche, mit Rechtsmitteln anfechtbare Entscheidung aus seinem Amte entfernt werden kann, erfolgt die Entlassung des kündbar angestellten Beamten durch einfache Verfügung. Allerdings kann diese nach Maßgabe der Verwaltungsorganisation mit Beschwerde bei der höheren Stelle angefochten werden, aber die Behörde bleibt, auch in der höchsten Instanz, doch immer der Arbeitgeber, und eine richterliche Entscheidung erfolgt nicht. Die Kündigung ist aber für einen älteren Beamten, der nicht mehr fähig ist, sich eine neue Existenz zu gründen, eine ebenso vernichtende Maßregel wie die Entlassung für den unkündbar angestellten. Sie nimmt ihm die Anwartschaft auf die Erdienung eines Ruhegehalts und zerstört den bereits erdienten Pensionsanspruch[14]). Mit Rücksicht auf diese Tatsache liegt es für einen Beamten, dem nach seiner Ansicht mit der Kündigung Unrecht widerfahren ist, nahe, den Weg des Zivil-

---

[13]) Und wie steht es mit der Entscheidungsbefugnis des Zivilrichters, wenn die vorgesetzte Behörde neben der Einbehaltung des Diensteinkommens — unter Umständen in derselben Verfügung — eine Ordnungsstrafe verhängt oder die förmliche Disziplinaruntersuchung eingeleitet hat? Perels-Spilling zu § 14 des RBG. (S. 52) nimmt an, daß sich der Zivilrichter in diesem Falle nicht mit der Frage befassen dürfe, ob dem Beamten Entschuldigungsgründe für das Fernbleiben vom Dienste zur Seite stehen. Damit, daß also die vorgesetzte Behörde die Anrufung des Zivilrichters illusorisch machen könne, indem sie neben dem Gehaltsverlust eine Ordnungsstrafe verfüge, müsse man sich abfinden.

Dieser Ansicht wird man sich nicht anschließen können. Der Zivilrichter hat es nur mit dem vermögensrechtlichen Anspruche zu tun und kann, wenn er hierüber gesetzlich zuständig ist, die Ordnungsstrafe bei Seite lassen. — Man sieht aber an dieser Schwierigkeit, daß es tatsächlich unhaltbar ist, die Entscheidung über den Gehaltsabzug dem Zivilrichter zu überlassen.

[14]) Die Möglichkeit, einem durch Kündigung entlassenen Beamten eine Teilpension zuzusprechen, gewährt die heutige Gesetzgebung nur ausnahmsweise (s. Württemb. Ges. vom 28. Juni 1876 Art. 27).

Digitized by Google

prozesses zu beschreiten. Aber es bleibt für den Zivilrichter nur ein enger Raum. Der Beamte kann mit Erfolg im Zivilprozesse geltend machen, daß die Kündigung nach dem Anstellungsvertrage nicht zulässig gewesen oder daß sie nicht ordnungsmäßig erfolgt sei, er kann Gehaltsansprüche für die Zeit bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist im Rechtswege geltend machen, er kann aber nicht erreichen, daß der Zivilrichter sich mit der Frage befaßt, ob die Kündigung gerechtfertigt ist. Das Wesen des Kündigungsrechts bringt es mit sich, daß dessen Ausübung allein dem pflichtmäßigen Ermessen der vorgesetzten Behörde überlassen ist, und daß eine richterliche Nachprüfung der Gründe, welche zu seiner Ausübung Veranlassung gegeben haben, nicht stattfindet (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 3 S. 93). Von diesem Grundsatz ist die neuere Rechtsprechung allerdings in einem Punkte abgegangen. Das Kündigungsrecht darf nicht zu dem Zwecke ausgeübt werden, um einem dienstunfähig gewordenen Beamten den Anspruch auf die Pension zu entziehen. Geschieht dies, so ist die Klage auf die Pension begründet[15]). Das Gericht gelangt also in diesen Fällen doch dazu, nach den Gründen der Kündigung zu fragen. Hat aber die vorgesetzte Behörde einem Beamten aus disziplinaren Gründen gekündigt, so ist die Kündigung unter allen Umständen wirksam, der Pensionsanspruch zerstört und die Nachprüfung der Kündigungsgründe dem Zivilrichter entzogen (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 81 S. 107 ff.)

Aus dieser Rechtslage entspringt das Bedürfnis, auch für den Kündigungsbeamten Garantien zu schaffen, welche sicherstellen, daß seine Entlassung nur nach gründlichster Untersuchung und aus zwingenden Gründen erfolgt. Durch Verwaltungsbestimmungen ist dem Bedürfnisse wenigstens teilweise abgeholfen worden[16]). Vielfach ist bestimmt, daß die Kündigungen nur auf Grund kollegialer Beschlüsse der Behörden erfolgen dürfen. In anderen Verwaltungen ist gegen die Kündigung eine Beschwerde gegeben, über die eine kollegiale Entscheidung herbeizuführen ist. So gibt die Verwaltungsordnung der Staatseisenbahnen allen gekündigten oder ohne förmliches Disziplinarverfahren entlassenen Beamten eine Beschwerde, über welche die Direktion als Kollegium nach Stimmenmehrheit zu entscheiden hat. Diese Bestimmung ist in der Praxis ein nicht zu unterschätzender Schutz für die Beamten. Für eine milde Behandlung des Falles, für die Berücksichtigung der rein menschlichen Seite des Dienstvergehens, für eine humane Würdigung der Entschuldigungsgründe finden sich in einem größeren Kollegium immer Stimmen. Oft muß eine im dienstlichen Interesse unbedingt nötige strengere Entscheidung im Kollegium geradezu erkämpft werden. Das Kollegium ist dasselbe, das auch im förmlichen Disziplinarverfahren zu entscheiden haben würde, es fehlt aber die förmliche Voruntersuchung, die Mitwirkung eines Vertreters der Staatsanwaltschaft und die Zulassung eines Verteidigers. Das Erkenntnis wird in gleicher Weise wie ein solches im förmlichen Verfahren unter eingehender Beweiswürdigung abgefaßt und wird dem Beamten zugestellt. Es kann mit einer Beschwerde beim Ressortminister angefochten werden. Man kann wohl sagen, daß hier alle Garantien gegeben sind, die billigerweise für einen Kündigungsbeamten verlangt werden können. Sehr human ist die Bestimmung, daß auch die auf Probe oder Widerruf angestellten Beamten bei ihrer Entlassung an das Kollegium appellieren können. Diese Beamten können und sollen jederzeit

---

[15]) Über die bei v. Rheinbaben zu § 83 II und Anm. 7 zutreffend dargelegten Schwierigkeiten ist das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 81 S. 100 hinweggeschritten, indem es annimmt, bei einem pensionsberechtigten und nicht mehr dienstfähigen Beamten ersetze die Kündigung die Verfügung, durch die er in den Ruhestand versetzt werde. Vgl. Brand, Beamtenrecht S. 37.

[16]) Die Bestimmungen der einzelnen Verwaltungen über diesen Gegenstand siehe bei Brand, Preußisches Beamtenrecht, Berlin 1914, S. 38 ff.

Digitized by Google

entlassen werden, sobald sich herausstellt, daß sie die erforderliche Befähigung für das Amt, das sie erstreben, nicht besitzen. Das Kollegium kann sich in der Regel ein eigenes Urteil über die Befähigung eines solchen Beamten nicht bilden, muß sich vielmehr meist auf die Beurteilung der unmittelbaren Vorgesetzten verlassen, die den Beamten während seiner Ausbildungs- oder Probezeit beaufsichtigt und beobachtet haben. Das umständliche Beschwerdeverfahren auch in diesen Fällen zuzulassen, rechtfertigt sich aber, weil als Entlassungsgrund meist nicht nur mangelhafte Begabung, sondern auch tadelhafte Führung in Betracht kommt. Ferner steht den Personen, welche schon in der Ausbildungs- oder Probezeit im Beamtenverhältnis angenommen werden, in der Regel ein Versorgungsanspruch zu (Zivilversorgungs- oder Anstellungsschein), so daß es bei ihrer Zurückweisung einer besonders sorgfältigen Prüfung bedarf.

Für das neue Gesetz ist zu fordern, daß die dem Kündigungsbeamten zu gewährenden Garantien gegen eine willkürliche Entlassung nicht den Maßnahmen der einzelnen Verwaltungen überlassen bleiben, sondern wenigstens in ihren Grundzügen gesetzlich festgelegt werden.

Ordnungsstrafen. Rechtskraft derselben. Verjährung. Amnestie. Offenlegung der Personalakten.

Aus den neueren Beamtengesetzen wird die Bestimmung zu übernehmen sein, daß der Beamte vor der Verhängung einer Ordnungsstrafe stets gehört werden muß, was schon jetzt der allgemein geübten Praxis entspricht.

Mündliche Rügen müssen scharf von den als Ordnungsstrafen geltenden Warnungen und Verweisen getrennt werden. Die letzteren sollen nur durch schriftliche Verfügung verhängt werden, deren Kenntnisnahme der Beamte zu bescheinigen hat.

Es ist als ein Mangel bezeichnet worden, daß das Ordnungsstrafverfahren keine Rechtskraft kennt. Ordnungsstrafen können noch nach Jahren mit Beschwerde angefochten werden, sie können aber auch noch nachträglich von der übergeordneten Instanz verschärft werden, es kann sogar von der letzteren unter Kassierung der Ordnungsstrafe ein förmliches Disziplinarverfahren eingeleitet werden, ohne daß hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt ist [17]).

Eine Rechtskraft der Ordnungsstrafen in dem Sinne, daß die Beschwerde an eine bestimmte Frist geknüpft und nach deren Ablauf nicht mehr zu-

---

[17]) Das Gesetz läßt die Frage offen. Ein Staatsministerialbeschluß vom 23. März 1891 bestimmt, daß der höhere Vorgesetzte befugt ist, unter Aufhebung der von der nachgeordneten Dienstbehörde getroffenen, wenn auch im Beschwerdeweg unangefochten gebliebenen Disziplinarentscheidung nochmals über den Disziplinarfall selbständig Entscheidung zu treffen.

Ob auch die Instanz, welche die Strafverfügung erlassen hat, befugt ist, ihre Entscheidung selbst nachträglich zu ändern, ist zweifelhaft. Daß die strafverhängende Behörde eine Ordnungsstrafe zurücknehmen oder mildern kann, nimmt die Praxis als selbstverständlich an. Wird eine Beschwerde gegen eine Strafverfügung mit neuen Tatsachen begründet, so wird die Instanz, welche die Strafe verhängt hat, diese tatsächlichen Behauptungen zunächst prüfen müssen, und wenn sie auf Grund dieser Prüfung die Beschwerde begründet findet, so wird sie ihr selbst abhelfen und von einer Weiterleitung an die höhere Instanz absehen. Hingegen wird man die nachträgliche Erhöhung einer Ordnungsstrafe seitens der Instanz, die sie erlassen hat, nicht als zulässig erachten können. Es ist darum nicht richtig, wenn vorgesetzte Behörden bei der Nachprüfung von Strafverfügungen die unteren Instanzen anweisen, von ihnen verhängte unzureichende Ordnungsstrafen zu verschärfen; sie müssen selbst entscheiden. Vgl. Brand, Beamtenrecht S. 739 Anm. 3.

Digitized by Google

gelassen wird, wird wohl von keiner Seite gewünscht werden. Einem Beamten, der eine Ordnungsstrafe, die er nicht für gerechtfertigt hält, gleichwohl hingenommen hat, ohne sich zu beschweren, nachher aber, wie das häufig vorkommt, zu der Überzeugung gelangt, daß ihm die Strafe in seinem dienstlichen Fortkommen doch nachteiliger sei, als er ursprünglich geglaubt hatte, wird man die nachträgliche Beschwerde nicht versagen können. Es kann auch vorkommen, daß ein Beamter triftige Gründe hat, von einer sofortigen Verfolgung des Beschwerdewegs abzusehen, deswegen aber auf sein Recht, eine Untersuchung des Sachverhalts durch die höhere Behörde zu verlangen, nicht verzichten möchte[18]). Andererseits darf auch die vorgesetzte Behörde nicht durch Rechtskraft darin beschränkt sein, eine Ordnungsstrafe aufzuheben oder zu mildern, wenn sie später zu der Überzeugung gelangt, daß die Strafe nicht gerechtfertigt ist.

Aber auch die Befugnis der Oberbehörde, eine Ordnungsstrafe nachträglich zu erhöhen, scheint nicht entbehrlich.

An dem Ordnungsstrafverfahren nimmt kein Vertreter der Staatsanwaltschaft teil, der Beschwerde einlegen könnte, wenn die Strafe zu milde ausgefallen ist. Die Sache devolviert an die höhere Instanz nur, wenn der bestrafte Beamte sich beschwert. Wie die Unterinstanz die Strafgewalt ausübt, wird also von der höheren nur nach der Richtung kontrolliert, daß nicht zu streng bestraft wird. (Von der Frage, ob die Oberinstanz auf Beschwerde des Beamten auch in pejus reformieren darf, kann hier abgesehen werden; denn über eine zu milde Strafe wird sich der Beamte in der Regel nicht beschweren, und eine solche Strafverfügung gelangt also normalerweise nicht zur Nachprüfung der Oberbehörde.)

Es kann aber vorkommen, daß eine Verwaltung sich genötigt sieht, gewisse Grundsätze in der Ausübung der Strafgewalt unbedingt zur Geltung zu bringen, und um dies zu erreichen, muß sie die Strafverfügungen der unteren Organe von Amts wegen unter Kontrolle nehmen, auch soweit sie nicht durch Beschwerde angefochten sind. So ist beispielsweise bei der Staatseisenbahnverwaltung bestimmt, daß gewisse Verstöße gegen Betriebsvorschriften, deren Nichtbefolgung die Sicherheit schwer gefährdet, stets mit nachdrücklichen Geldstrafen gesühnt werden sollen. Um dieser Vorschrift gerecht zu werden, müssen die Strafverfügungen der unteren Instanzen fortgesetzt nachgeprüft werden, was in der Regel vierteljährlich auf Grund von Nachweisungen geschieht, die über die verhängten Ordnungsstrafen eingereicht werden, und die gleichzeitig die Unterlage für die Vereinnahmung der Strafgelder zur Staatskasse bilden. Auf Grund dieser Nachweisungen werden die Verhandlungen über die zu beanstandenden Verfügungen eingezogen und nachgeprüft. Hierbei müssen sehr häufig unzureichende Ordnungsstrafen erhöht werden, so unerwünscht eine solche Maßregel wegen des nachteiligen Einflusses auf die Autorität des unmittelbaren Vorgesetzten ist.

Ein allgemeines Bedürfnis, daß alle Ordnungsstrafen von der höheren Instanz nachgeprüft und erforderlichenfalls abgeändert werden, besteht selbstverständlich nicht. Wollte man dies, so täte man besser, die Strafgewalt schon von vornherein in die Hand der Oberbehörde zu legen. Andererseits scheint es aber auch nicht ratsam, dieser die Befugnis zur Revision der Ordnungsstrafen zu nehmen, welche ihr der in Anm. 17 angeführte Staatsministerialbeschluß gibt, da sich die Verwaltung sonst der Macht begeben würde, die von ihr gewünschten Grundsätze über die Verhängung von Strafen durchzusetzen. Eine Frist für die Revision der Ordnungsstrafen zu

[18]) Selbstverständlich findet das Recht des Beamten, eine nachträgliche Untersuchung zu verlangen, eine Grenze, wenn die Sache so lange zurückliegt, daß eine Prüfung der Verhältnisse, die der angefochtenen Entscheidung zugrunde lagen, nicht mehr möglich ist. Vgl. v. Rheinbaben zu § 21 S. 19 Anm. 3.

Digitized by Google

setzen, wäre bedenklich; denn die hierdurch zugelassene Rechtskraft würde Schwierigkeiten mit sich bringen, die sich aus den folgenden Erörterungen ergeben.

Wenn man schon der vorgesetzten Behörde die Berechtigung geben will, eine Ordnungsstrafe nachträglich zu erhöhen, so muß man ihr folgerichtig erst recht die Befugnis zusprechen, ein schweres Dienstvergehen im Wege des förmlichen Disziplinarverfahrens zu sühnen ohne Rücksicht darauf, ob etwa eine untere Instanz bereits mit Verhängung einer unzureichenden Ordnungsstrafe eingegriffen hat. Es können nachträglich Tatsachen zur Kenntnis der Behörde kommen, welche die Handlung in einem ganz anderen Lichte erscheinen lassen. Angenommen, ein Beamter, in dessen Kasse sich ein Defekt fand, habe sich Unregelmäßigkeiten in der Buchführung zuschulden kommen lassen, es sei wegen dieses Tatbestandes eine Ordnungsstrafe verhängt worden, und diese sei auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung, etwa durch Fristablauf, rechtskräftig und unabänderlich geworden. Nachträglich stellt sich heraus, daß eine erweisliche Unterschlagung vorliegt. Es soll nun das förmliche Verfahren auf Dienstentlassung eingeleitet werden. Nimmt man an, daß die Unregelmäßigkeiten in der Buchführung einerseits und die Unterschlagung andererseits selbständige Handlungen seien, so ist die wegen der ersteren Verfehlung rechtskräftig erkannte Ordnungsstrafe für das Disziplinarverfahren kein Hindernis. Bildet aber beides eine einheitliche Handlung, was man wohl mit dem Strafrichter annehmen muß[19]), so ist der Strafanspruch durch die rechtskräftige Ordnungsstrafe verbraucht, es bleibt also für das Disziplinarverfahren kein Raum mehr. Durch eine geringe Strafe, welche nur einem Teile der Verfehlung angemessen ist, wäre die ganze Tat gedeckt und der Beamte immun geworden. Er könnte wegen der Unterschlagung auch dann nicht mehr aus dem Amte entlassen werden, wenn er vom ordentlichen Richter zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird. Da der Gesetzgeber eine solche Konsequenz nicht wünschen wird, so bleibt ihm, wenn er die Rechtskraft der Ordnungsstrafen einführen will, nichts übrig, als gleichzeitig ein Wiederaufnahmeverfahren gegen rechtskräftige Ordnungsstrafen zuungunsten des bestraften Beamten vorzusehen. Dem gegenüber scheint es uns besser, es bei dem bisherigen Zustande zu belassen.

Es wird nun freilich nicht an Stimmen fehlen, die für die Rechtskraft der Ordnungsstrafen eintreten werden. Man wird sagen, es sei eine Ungeheuerlichkeit, wenn ein Beamter niemals die Sicherheit erlange, daß eine Verfehlung mit der Verhängung einer Ordnungsstrafe nun auch endgültig abgetan sei; es sei ein Zustand der Willkür und nicht des Rechtes, wenn die Behörde eine erkannte Ordnungsstrafe wieder vernichten könne, um ein Disziplinarverfahren einzuleiten. Mit solchen Schlagworten wird man in Beamtenkreisen leicht ein dankbares Publikum finden. Der Gesetzgeber aber sollte sich ihnen gegenüber äußerst vorsichtig verhalten, auch wenn große Beamtenverbände den Resonanzboden abgeben. Es wird nicht leicht dargetan werden können, daß der angebliche Mangel der Rechtskraft in der langen Zeit

[19]) Die disziplinarische Bestrafung eines Beamten gründet sich darauf, daß er seine Amtspflicht verletzt oder sich der Achtung, des Ansehens und des Vertrauens, die sein Beruf erfordert, unwürdig gezeigt hat. Hierbei ist es keineswegs sehr wesentlich, ob die ihm zur Last gelegten Verfehlungen sich als eine Einheit oder als eine Mehrheit von Handlungen darstellen. Anders im Strafprozesse. Hier ist es unbedingt nötig, über jede einzelne Handlung eine ganz präzise Feststellung zu treffen und die für sie angemessene Strafe besonders auszuwerfen. Die hierbei auftretenden Probleme der Tateinheit und Tatmehrheit, der fortgesetzten Handlung usw., spielen im Disziplinarverfahren keine bedeutende Rolle, während sie im Strafverfahren sehr großen Einfluß auf die erkannte Strafe haben. Man sieht, wie alle diese Schwierigkeiten erst durch die Rechtskraft der Ordnungsstrafen in das Disziplinarverfahren hereingezogen werden.

Digitized by Google

der Geltung des Gesetzes zu Unzuträglichkeiten geführt hat, und man sollte darum von einer Probe absehen, die die Praxis schwer zu büßen haben würde.

Das hier Gesagte gilt mehr oder weniger auch von der Verjährung. Das bayerische Gesetz hat für alle Dienstvergehen eine Verjährungsfrist von fünf Jahren eingeführt. Die Verjährung vollendet sich aber nicht früher als eine wegen derselben Tat laufende strafrechtliche Verjährung. Diese Bestimmung ist nötig; es könnte sonst vorkommen, daß ein Beamter wegen einer lange Zeit zurückliegenden, strafrechtlich noch unverjährten Tat — die Verjährung kann unterbrochen sein — vom ordentlichen Gericht abgeurteilt, bestraft und der öffentlichen Mißachtung preisgegeben wird, während die Möglichkeit, ihn aus seinem Amte zu entfernen, durch Verjährung des Dienstvergehens ausgeschlossen ist.

Mit Recht weist Brand (Reformbedürftigkeit S. 17) darauf hin, daß die Einführung einer einheitlichen Verjährungsfrist für alle, schwere und leichte, Dienstvergehen keineswegs nachahmenswert sei, und daß die Festsetzung verschiedener Fristen je nach der Schwere der Tat an der Unmöglichkeit scheitern müsse, die einzelnen Arten von Dienstvergehen im Gesetz aufzuführen, so wie dies bei den bürgerlichen Delikten im Strafgesetzbuche geschehen sei.

Die Verjährung ist für das Disziplinarrecht keineswegs so unentbehrlich wie für das Strafrecht. Denn die strafrechtliche Verfolgung ist zwangläufig; jede noch so alte Straftat, sofern sie nur unverjährt ist, muß nach dem Offizialprinzip aufgegriffen und zur Aburteilung gebracht werden. Im Disziplinarverfahren aber herrscht das Opportunitätsprinzip. Keine Disziplinarbehörde wird daran denken, alte Sünden eines Beamten, die nachträglich zu ihrer Kenntnis gekommen sind, zum Gegenstand eines Dienststrafverfahrens zu machen, wenn sie nicht durch die Lage des besonderen Falles dazu gezwungen ist. Dies tritt aber ein, wenn die Tat öffentlich bekannt geworden und von solcher Bedeutung ist, daß sie mit dem Ansehen des Amtes unvereinbar ist. Es können ganz alte Straftaten offenkundig werden, die so schwer sind, daß der Beamte nicht in seinem Amte bleiben kann, obwohl die strafrechtliche Verfolgung verjährt ist. Kann man einen Richter in seinem Amte sitzen lassen, von dem notorisch geworden ist, daß er vor rechtsverjährter Zeit ein Testament gefälscht hat?

Wir möchten empfehlen, eine Bestimmung über die Verjährung der Dienstvergehen in das Gesetz nicht aufzunehmen.

* * *

Es ist ein alter Wunsch der Beamten, daß man ihnen nicht alte Sünden für alle Zeit nachtragen solle. Der Beamte fürchtet seine Personalakten. Er weiß, daß alle Verhandlungen über Bestrafungen, alle Anzeigen und Berichte der Vorgesetzten zu diesen Akten gebracht werden, und daß Lob selten, leicht aber Tadel hineingerät. Er hat die Vorstellung, daß immer nur neues Schlimmes hineinkommt, aber nichts wieder daraus verschwindet. Die Akten sind in seinen Augen nur ein Sündenregister, in dem alle seine alten Verfehlungen gesammelt und konzentriert erscheinen. Damit ist es ja nun freilich nicht so schlimm. Wer Personalsachen an leitender Stelle bearbeitet und in allen Akten dasselbe Bild findet, daß Dinge, die zeitlich weit auseinander liegen, hier enge zusammengedrängt erscheinen, der wird sich wenig durch die äußere Länge einer Strafliste beeinflussen lassen. Er sieht sich die Sache schärfer an, prüft den Gegenstand der Bestrafungen und wie weit sie zurückliegen, weiß auch, daß, wo gehobelt wird, Späne fliegen, und daß es Dienstzweige gibt, in denen es nicht ganz leicht ist, in einer langen Dienstzeit völlig unbestraft zu bleiben, während in einem anderen Dienste ein leeres Strafregisterblatt kein großer Ruhm ist. Er kennt auch die Vorgesetzten, die viel bestrafen, und nimmt ihre Verfügungen nicht zu

Digitized by Google

tragisch, wie er überhaupt keinen Bericht liest, ohne sich ein Urteil über den Schreiber zu bilden. Es kann vorkommen, daß ein über einen Beamten erstatteter ungünstiger Bericht seinem Verfasser mehr schadet als dem Beamten, von dem er handelt. Alles dies setzt freilich voraus, daß die maßgebenden Beamten eine gründliche Personalkenntnis besitzen, woran es besonders fehlt, wenn in diesen Ämtern ein häufiger Wechsel eintritt.

Der Wunsch, daß mit der Strafliste einmal reiner Tisch gemacht werden solle, daß ein Beamter, der sich sonst tadellos geführt hat, nicht wegen einer lange zurückliegenden geringfügigen Verfehlung als bestraft gelten und sich deshalb zurückgesetzt fühlen soll, ist zweifellos berechtigt.

Seit dem Jahre 1917 dürfte dieser Wunsch bei den meisten Verwaltungen durch die Bestimmungen über die Löschung der Disziplinarstrafen erfüllt sein. Danach sollen nach bestimmten Fristen, die von der verhängten Strafe abhängen, die in den Personalpapieren befindlichen Eintragungen über Strafen mit einem Löschungsvermerke versehen werden. Die gelöschten Strafen sollen in Berichten an die vorgesetzten Behörden und bei Auskunfterteilungen nicht mehr erwähnt werden. Sie dürfen also auch dem Beamten nicht mehr vorgehalten werden, und die Höhe einer Ordnungsstrafe darf mit einer früheren gelöschten Bestrafung nicht begründet werden [20]).

Die heutigen Wünsche der Beamten gehen aber viel weiter. So wurde in einer Beamtenversammlung, der der Verfasser beiwohnte, gefordert, daß die länger als fünf Jahre zurückliegenden Ordnungsstrafen nicht nur gelöscht, sondern daß alle darauf bezüglichen Vorgänge in den Akten unleserlich gemacht oder daraus entfernt und vernichtet werden sollten. An ähnlichen Anträgen wird es für die neue Gesetzgebung nicht fehlen.

Eine solche Bestimmung wäre eine Amnestie im wahrsten Sinne des Wortes: die alten Verfehlungen sollen vollständig der Vergessenheit überliefert und alle Mittel, sie ihr zu entreißen, sollen beseitigt werden.

Es entsteht die Frage, ob dies wirklich möglich ist.

Man kann wohl den maßgebenden personalkundigen Beamten verbieten, über Bestrafungen und ähnliches außerhalb der Personalakten besondere Notizen zu führen, aber man kann ihnen nicht vorschreiben, Tatsachen aus ihrem Gedächtnisse zu löschen. Und soll man ihnen die Verpflichtung auferlegen, bei ihren Entscheidungen Dinge, die sie einmal wissen, und aus denen sie ihre Schlüsse gezogen haben, als nicht geschehen zu betrachten, sobald eine bestimmte Zeit darüber vergangen ist? Wenn das unmöglich erscheint, so hängt die erstrebte Wirkung der Vernichtung des Aktenmaterials nur an der rein äußerlichen Tatsache, ob etwa ein Wechsel des entscheidenden Beamten eintritt, oder daran, ob sein Nachfolger im Amte sich von sonstigen mit den Personalverhältnissen vertrauten Beamten informieren lassen will. Im letzteren Falle entsteht die Gefahr, daß er sich auf Mitteilungen verläßt, die er nicht nach den Akten kontrollieren kann.

Hat es aber überhaupt Sinn, daß eine Verwaltung Material, das sie über einen Beamten besitzt, geflissentlich vernichtet? Heißt das nicht fordern, daß sie sich selbst Scheuklappen vorbinden soll?

Ein bekannter Philosoph sagt: Vergeben und Vergessen heißt Erfahrungen, die man teuer erkauft hat, zum Fenster hinauswerfen. Man braucht den Standpunkt dieses Pessimisten nicht zu teilen und wird doch zugeben müssen, daß man an verantwortlicher Stelle Vorsicht zu üben und

---

[20]) Anders im förmlichen Verfahren auf Entfernung aus dem Amte. Dies Verfahren hat nicht eine bestimmte Verfehlung des Beamten zum Gegenstande, sondern seine ganze dienstliche Laufbahn vom ersten Tage seines Eintritts in den Staatsdienst. Der Berichterstatter in der mündlichen Verhandlung wird daher nicht davon absehen können, auch die gelöschten Strafen vorzutragen, wobei natürlich die erfolgte Löschung zu erwähnen ist.

Digitized by Google

aus gemachten übelen Erfahrungen seine Folgerungen zu ziehen hat. Einen Beamten, der sich im Kassendienst unzuverlässig gezeigt hat, wird man daraus zurückziehen, und zu einem zweiten Versuche mit ihm in diesem Dienste wird man keine Veranlassung haben, solange andere einwandfreie Beamte hierfür zur Verfügung stehen. Denn kein Beamter kann verlangen, daß ihm Gelegenheit gegeben werden muß, sich an derselben Stelle, wo er sich verfehlt hat, zu rehabilitieren; Aufgabe der Verwaltung ist es, für den Dienst zu sorgen und die Stellen mit unbedingt geeigneten Beamten zu besetzen, nicht aber psychologische Versuche und bei jeder Bestrafung die Probe auf das Exempel zu machen, ob sie auch gewirkt hat. Eine Verwaltung aber, die sich durch Vernichtung ihres Aktenmaterials unfähig machen würde, ihre Beamten richtig zu beurteilen, und womöglich mit demselben Beamten zweimal dieselbe schlechte Erfahrung machen und durch ihn noch einmal dieselben Nachteile erleiden würde, nähme das Staatsinteresse schlecht wahr und wäre zu tadeln.

Aber auch im Interesse der Beamten selbst ist eine solche Praxis schwerlich. Die schlechten Beamten würden davon Vorteil haben und den tüchtigen und pflichttreuen würde es erschwert, auf die Posten zu gelangen, auf die sie gehören. Die elementare Aufgabe aller Personaldisposition, den rechten Mann an die rechte Stelle zu setzen, würde aufs äußerste erschwert.

Für die kommende Gesetzgebung kann daher nur empfohlen werden, Bestimmungen über die Löschung von Bestrafungen, wie sie bereits erlassen sind, wenigstens in den Grundzügen, in das Gesetz aufzunehmen, weitergehende, auf die Vernichtung von Aktenmaterial zielende Forderungen aber nicht zu berücksichtigen.

* * *

Eine andere Forderung der Beamten hat die Offenlegung der Personalakten zum Gegenstande.

Die Angelegenheit hat nicht die Bedeutung, welche ihr von den Beamten meist beigelegt wird. Daß durch die Offenlegung der Akten das Vertrauen der Beamten zu einer gerechten Behandlung der Personalsachen wesentlich gehoben werde, ist eine Illusion, der man sich nicht hingeben sollte. Die Beamten werden annehmen, daß das, was sie nicht lesen sollen, künftig an anderer Stelle vermerkt werden wird.

Schon jetzt sollte stets der Grundsatz befolgt werden, daß keine einem Beamten nachteilige tatsächliche Feststellung zu seinen Akten gelangen darf, ohne daß ihm Gelegenheit gegeben ist, sich dazu zu äußern. Wenn hiernach richtig verfahren würde, so würden die Personalakten für den Beamten nicht viel Neues enthalten, und die Überraschungen bei der Einsichtnahme würden ausbleiben.

Von Wert ist die Offenlegung der Personalakten unbedingt im Verhältnisse des Beamten zu seinem unmittelbaren Vorgesetzten. Es wird nicht mehr vorkommen, daß ein Vorgesetzter einem Beamten, der ein Gesuch vorlegt, zusagt, es bei der vorgesetzten Behörde zu befürworten, und nachher das Gegenteil darauf schreibt.

Den Einfluß nachteiliger Berichte in den Akten überschätzen die Beamten. Sie glauben, jeder übelwollende Vorgesetzte könne ihnen durch eine geheime Berichterstattung ihre Akten und damit ihr Vorwärtskommen verderben. Eine solche Befürchtung geht zu weit. Eine Verwaltung, die fähige Leute unterdrücken, unfähige vorwärtsbringen würde, hätte selbst bald die unangenehmen Folgen zu spüren. Tatsächlich sucht man nach befähigten Leuten, die schwierige Posten ausfüllen können, mit der Laterne und sieht ihnen vieles nach. Man kennt das Bestreben der unmittelbaren Vorgesetzten, tüchtige und fleißige Leute gern zu behalten, untüchtige wegzuloben. Auch der übelwollende Vorgesetzte kann in der Regel nicht vermeiden, den fähigen

Digitized by Google

und tüchtigen Beamten auf den schwierigen Posten zu bringen. Darum soll man in erster Linie danach fragen, auf welchem Posten ein Beamter gestanden hat, und ob er seiner Aufgabe gerecht geworden ist, und erst in zweiter Linie danach, was über ihn berichtet ist. — Wirklich nachteilige Berichte, die das Fortkommen eines Beamten in Frage stellen können, müssen mit Tatsachen belegt sein. Niemals soll das Urteil eines einzigen Vorgesetzten maßgebend sein. Beamte, die in eine höhere Stelle aufzurücken bestimmt sind, sollen in verschiedenen Wirkungskreisen und unter verschiedenen Vorgesetzten erprobt werden.

Welche Rolle die Personalakten spielen können, mögen einige aus der Praxis gegriffene Fälle zeigen.

Ein gut befähigter Beamter, der sich im militärischen Dienste lange Jahre tadellos geführt hatte, begann seine Laufbahn auf einer Dienststelle, die einem älteren und wenig energischen Vorgesetzten unterstellt war. Die Disziplin war schlecht. Als der Vorsteher erkrankte, kam es zu widerwärtigen Streitigkeiten der Beamten unter sich und mit solchen anderer Dienststellen am Orte. Schwere Dienstvernachlässigungen rissen ein, Anzeigen und Gegenanzeigungen, Bestrafungen folgten und die Akten des an allen diesen Machenschaften stark beteiligten Beamten schwollen an von unerfreulichen Schriftstücken und waren bald vollständig verdorben. Nun griff die Behörde ein mit einer Versetzung nach einer Dienststelle unter einem energischen und verständigen Vorgesetzten, wo es auch viel Arbeit gab. Gegen den Beamten wurde niemals wieder geklagt, er fand ein seinen Fähigkeiten entsprechendes Arbeitsfeld, bewährte sich gut und wurde befördert. Er hatte nur einen „falschen Start" genommen. Die verdorbenen Akten haben ihm nicht geschadet.

Einem älteren Beamten, der mit Vorgesetzten und Mitbeamten vollständig zerfallen war, kein Interesse am Dienste hatte und oft bestraft war, machte die Verwaltung selbst den Vorschlag, ihn in andere Verhältnisse zu bringen, wo ihm seine schlechte Schätzung nicht schädlich sei und er ein ganz neues Dasein anfangen könne. Er ging gern darauf ein. Die Versetzung wurde ausgeführt. Dem mittelbaren Vorgesetzten wurden die Personalakten und dem unmittelbaren die Auszüge daraus, in denen die Bestrafungen verzeichnet waren, vorenthalten. Ergebnis: Bei einer Anfrage nach sechs Wochen lautete die Auskunft durchaus günstig. Der Beamte versah seinen Dienst einwandfrei und war verträglich. Nach drei Monaten: einige Klagen. Nach sechs Monaten: dasselbe Urteil wie auf der früheren Dienststelle.

Dritter Fall: Ein Beamter erstrebt die Versetzung in einen anderen Verwaltungsbezirk. In seinen Akten befindet sich ein altes, sehr ungünstiges Urteil eines früheren Vorgesetzten, mit dessen Beurteilung die übergeordnete Behörde in sehr vielen Fällen nicht übereinstimmte. Die angegangene Verwaltung lehnt die Übernahme des Beamten mit Bezug auf das ungünstige Urteil ab. Es wird ihr geschrieben, das Urteil sei nicht zutreffend. Die Ablehnung wird aufrechterhalten, aber jetzt mit einer anderen, offenbar willkürlich gewählten Begründung. Der Beamte erreichte die Erfüllung seines Wunsches erst, als die vorgesetzte Behörde sich entschloß, das ungerechtfertigte Urteil durch ausdrückliche Verfügung zu kassieren und aus den Akten zu entfernen.

Es liegt also doch meist an dem Menschen und nicht an den Akten, wenn ein Beamter nicht vorwärts kommt. Die Akten können aber einem Beamten dann sehr schaden, wenn sie als alleiniges Auskunftmittel in Betracht kommen. Wie aus dem obigen Falle ersichtlich, übernehmen manche Verwaltungen grundsätzlich nur Beamte, die vollständig saubere Akten haben. Hier können also noch alte Dinge, von denen der Beamte vielleicht selbst keine Ahnung hat, ihm schwere Hindernisse bereiten.

Digitized by Google

Dagegen, daß die Geheimhaltung der Personalakten in der Weise, wie sie jetzt gehandhabt wird, zu beseitigen ist, wird niemand etwas einwenden können*). Jede Behörde muß auf dem Standpunkte stehen, daß sie nichts zu verbergen hat, und wie sie ihre Akten jeder Zeit der Oberbehörde vorlegen muß, muß sie auch der Beamtenschaft gegenüber alles vertreten können, was darin steht. Es muß aber als unbedingt genügend angesehen werden, wenn sie sich hierin der Kontrolle des Beamtenausschusses unterwirft, welcher die Interessen der Beamten gegenüber der vorgesetzten Behörde wahrzunehmen hat.

Jedem Beamten selbst den persönlichen Einblick in seine Akten zu gestatten, würde unseres Erachtens zu schweren Unzuträglichkeiten führen. Für die große Zahl der schreiblustigen Beamten wäre eine unendliche Quelle von Querulationsstoff erschlossen. Bekanntlich gibt es Beamte, die für sich allein mit ihren Gesuchen und Beschwerden die Arbeitskraft der vorgesetzten Behörde mehr in Anspruch nehmen als hundert ihrer Kollegen zusammen. Für sie würde sich ein weites Feld eröffnen. Man vergegenwärtige sich, was geschehen würde, wenn eine Behörde mit einem vieltausendköpfigen Personal ihre Akten zur Einsicht der Beamten auf die Reise schickt, oder wenn alle Beamten, die ihre Akten sehen wollen, Urlaub nach dem Sitze der Behörde nehmen wollen. Wenn man auch durch besondere Anordnung dies Geschäft auf Monate verteilt, was natürlich Anlaß zu großer Unzufriedenheit und zu Mißtrauen geben wird, so würde die Behörde doch mit einer solchen Flut von Gesuchen und Beschwerden überschwemmt werden, daß ihr Geschäftsgang nicht mehr ordnungsmäßig aufrechterhalten werden könnte. Denn die Schreiber der Eingaben werden sich nicht dabei beruhigen, daß ihre Beschwerden und Proteste zu den Akten geschrieben werden. Sie werden die nachträgliche Untersuchung aller möglichen alten Vorfälle fordern.

Das alles wären aber nur vorübergehende Schwierigkeiten. Das schwerere Bedenken gegen die unmittelbare Offenlegung der Akten beruht darin, daß diese nicht nur Tatsachen enthalten, sondern auch Urteile über die Leistungen und vor allem auch über die Fähigkeiten der Beamten. Urteile sind stets subjektiv. Denn wenn sie auch auf Tatsachen, Erfahrungen und Beobachtungen beruhen mögen, sie sind doch stets das Ergebnis einer daraus gezogenen subjektiven Schlußfolgerung. Die Selbsterkenntnis ist nun eine so wenig verbreitete Eigenschaft, daß nicht leicht ein Beamter ein über ihn niedergelegtes abfälliges Urteil als berechtigt anerkennen wird. Und selbst wenn er sich seiner Unzulänglichkeit bewußt wäre, so würde er doch schon wegen seines Ansehens in den Augen der Behörde dagegen angehen. In den meisten Fällen aber werden tadelnde Urteile als Ausfluß einer übelwollenden Gesinnung der Vorgesetzten angesehen werden. Soll die vorgesetzte Behörde nun in jedem Falle eine Auseinandersetzung zwischen Beamten und Vorgesetzten über die erstatteten Befähigungsberichte einleiten?

Das Schlimmste aber ist, daß künftig kein Vorgesetzter mehr richtig mit seinem Urteil über seine Untergebenen aus sich herausgehen würde. Schon jetzt gibt es eine große Anzahl von Vorgesetzten, die in diesem Punkte sehr ängstlich sind. Sie sind der Meinung, daß sie ihren Untergebenen, wenn diese sich nichts haben zuschulden kommen lassen, kein Hindernis für ihr Fortkommen in den Weg legen dürfen. Auf diesem Wege werden oft ganz unbegabte Beamte, die sich gut geführt haben, — natürlich besonders, wenn sie es verstanden haben, sich mit ihren Vorgesetzten gut zu stellen, — zur Beförderung in höhere Stellen qualifiziert, auf denen sie dann versagen. Künftig würde auf die Befähigungsberichte der Vorgesetzten überhaupt nicht mehr viel zu geben sein. Und dadurch entsteht erst recht eine große Gefahr für die

*) Inzwischen ist die Einsichtnahme in die Dienstakten bereits anderweitig geregelt worden; vgl. Art. 129 Abs. 3 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. — Die Schriftleitung.

Digitized by Google

Beamten. Denn die vorgesetzte Behörde muß ihre Informationen haben, und wenn sie sich auf die Berichte der Vorgesetzten nicht mehr verlassen kann, wird sie sich auf anderen Wegen unterrichten müssen und mündliche Erkundigungen einziehen. Bei einer mündlichen Auskunft aber haben die Vorgesetzten nicht im entferntesten das Bewußtsein der Verantwortung wie bei einem schriftlichen Bericht, in dem sie sich jedes Wort überlegen, und den sie für alle Zeit mit ihrer Unterschrift decken müssen. Sie werden mündlich leicht ein Urteil über einen Beamten abgeben, das sie in einem schriftlichen Berichte nicht verantworten würden. Es ist also zu befürchten, daß durch die unbeschränkte Offenlegung der Akten die Lage der Beamten geradezu verschlechtert wird. Wesentlich anders liegt die Sache, wenn die Akteneinsicht nur den Beamtenausschüssen gewährt wird. Diese vertreten nicht nur die Interessen des Beamten selbst, sondern die der gesamten Beamtenschaft. Sie treten objektiver an die Sache heran, vermögen das von einem Vorgesetzten gefällte Urteil zu würdigen und erblicken nicht in jedem nachteiligen Urteil eine beabsichtigte Kränkung und Schädigung des Beamten. Die Offenlegung der Akten für die Ausschüsse wird die Vorgesetzten wohl zu noch größerer Vorsicht bei der Abgabe ihrer Urteile veranlassen, sie aber nicht hindern, das zu sagen, was im Interesse des Dienstes gesagt werden muß.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Sachregister.

Abänderung von Ordnungsstrafen gegen Beamte 461.
Abbauland 219.
Abbruch, Anordnung des A. eines Gebäudes 42.
Abgraben, Abpflügen 219.
Abhängigkeit der Geltung einer Polizeiverordnung vom Vorhandensein einer Gefahr 59; — einer Polizeiverordnung vom Bestehen oder Drohen einer Gefahr 62; — des Disziplinarverfahrens vom gerichtlichen Strafverfahren 441.
Ablehnung der Genehmigung eines Baues 407.
Abrundung bei der Besitzsteuer 172.
Abschreckungszweck als Strafzweck 280.
Absicht des Gesetzgebers 115, 457; — der Polizei, den Kläger zu schädigen 139; — des eine Verfügung erlassenden Beamten 142; — die Ehe nie wieder herzustellen 178; — sich einen Vorteil zu verschaffen 262; — s. Privatrechtliches Dienstverhältnis.
Absperrungsmaßregeln 37, 39.
Abstrakte Gefahr 59, 63 f., 76 f., 80; — Begriff derselben 57.
Abstraktheit der Polizeiverordnung 50.
Abtretung des dem Hilfsbedürftigen zustehenden Rechtes an den Armenverband 391.
Abwehr einer Gefahr, die dem allgemeinen Besten zuwiderläuft 67.
Affektionsinteresse 338.
Agrarreform 318.
Akten, Verstoß wider den klaren Inhalt der A. 241; — s. Personalakten.
Aktiengesellschaften, Bewertung der Betriebsgegenstände für die Besteuerung 222.
Alkoholmißbrauch 82.
Allgemeines Landrecht, zum Verständnis des § 10 II 17 ALR. 114; — s. Nötig, Publikum.
Allgemeines Wohl 340 f.
Älteres Recht, Anwendbarkeit auf die aus seiner Herrschaftszeit in die Gegenwart wirkenden Rechtsverhältnisse 369.
Altsitzer, Bäuerlicher 392.
Amnestie 464.
Amt s. Höheres A.
Amtliche Befugnisse, Mißbrauch oder Überschreitung solcher 455.
Amtsbefugnisse, Überschreitung durch die Polizei 43.
Amtsvorsteher, Überführung eines verunglückten Arbeiters in ein Krankenhaus auf Veranlassung des A. 386; — s. Finanzwirtschaft.
Analogie 249, 259, 262.
Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, ob die Berechtigung polizeilichen Einschreitens berührend 44; — eines vorhandenen öffentlichen Weges 409.
Anerkenntnis 240.
Anfangsvermögen, Feststellung bei Ehegatten 174.
Anfechtbarkeit der Beamtenanstellung 257; — von Willenserklärungen 257.
Anfechtung der Ehe 169; — s. Nichtigkeit, Täuschung, Vergütung, Verschulden.
Angestelltenversicherung 199.
Anhänglichkeit an den Grundbesitz 402.
Anhörung des Beteiligten behufs

Digitized by Google

Vermeidung eines polizeiwidrigen Zustandes 41.
Ankündigungsmittel der Gewerbebetriebe, die von der Straße aus sichtbar sind 55.
Anliegerbeiträge 234.
Annahmeverzug 393.
Anschlußbeschwerde an den Reichsfinanzhof 241.
Ansehen der Rechtspflege 446; — des Amtes 463.
Anstand, Schutz des öffentlichen 12.
Anstellung s. Beamtenanstellung, Probe, Widerruf.
Anwaltzwang 242.
Anwendbarkeit einer Rechtsnorm, Befinden einer Behörde über die A. 111.
Apotheker 385, 387; — Inanspruchnahme durch Mittellose 377.
Approbationen, Zurücknahme von A. 108.
Arbeitsgelegenheit, Gewährung von A. 340.
Arglistige Täuschung 247, 249 f.
Arglistiges Verhalten der Geschäftsgegner 262.
Armenpflege, öffentliche 112.
Armenrecht 246.
Armenverband, Ersatzansprüche Dritter gegen den A. 377 f; — s. Abtretung, Dritter, Erlöschen, Geldentschädigung, Genehmigung, Verjährung, Verwandte, Wille.
Arreststrafe für Unterbeamte 438.
Art der Vorschriften, deren es zur Fernhaltung einer abstrakten Gefahr bedarf 64; — Irrtümer über die A. der zu leistenden Dienste 255.
Arzneimittel s. Monopolarzneimittel.
Ärzte 385, 387; — Inanspruchnahme durch Mittellose 377.
Ärztlicher Beistand für Hilfsbedürftige 381.
Ästhetische Bestrebungen 59, 340.
Aufenthalt, Erhöhung der Annehmlichkeit des A. an einem Orte 84.
Aufhebung der Entscheidung durch den Reichsfinanzhof 242; — der bestehenden freien Wassergenossenschaften 364, 366, 372; — polizeilicher Verfügungen 411.
Aufrechnung 180; — im öffentlichen Rechte 161.
Aufsicht s. Staatsaufsicht.
Aufsichtsbeschwerde 403.
Augenschein, Einnahme durch die Polizei 41.
Ausdehnung der öffentlichen Wege 417.
Auseinandersetzung gemäß § 2042 BGB 380.
Ausfälle s. Pachtausfälle.
Ausführungsanweisungen 308.
Auskunft an die Polizei 40.
Auslegung eines Gesetzes 91; — der Reichsabgabengesetze 245.
Ausnahme in Polizeiverordnungen 53, 55; — von polizeilichen Vorschriften 75.
Außerkraftsetzung der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 412.
Auswahl des Mittels durch den polizeilichen Gesetzgeber 78.
Authentische Interpretation 245.
Automobilverkehr, Beginn des A. 32.

Bach, Jagdrechtliche Bedeutung eines B. 213, 216.
Bad s. Seebad.
Baden 245, 386.
Badeort 29.
Badische Verwaltungsrechtspflege 95.
Badisches Recht 106, 130.
Baukunst, Verstoß wider die Regeln der B. 45.
Bauausführung 46 f.
Baufluchtlinie, Zurückrücken hinter die Straßenfluchtlinie 132.
Baufreiheit 84, 94.
Baugelände, Erschließung von B. 340.
Baukonsens 54.
Baulastenbuch 298.
Bäume auf einem Bürgersteige 400.
Bauordnungen 65, 132.
Bauplatzeigenschaft, Beseitigung der B. 338.
Baupolizeiliche Erlaubnis 401.
Baupolizeiliche Vorschriften 317.
Baupolizeiverordnungen 48 f., 54, 81.
Baupolizeivorschriften, Entbindung von solchen 148.
Baurecht, Entschädigungsansprüche im Gebiete des B. 301.
Bayerisches Polizeistrafgesetzbuch 68.
Bayerisches Recht 105, 130.
Beamte s. Absicht, Bevölkerungspolitik, Dienstbefehl, Diensteinkommen, Eheschließungen, Eigenschaften, Käufe, Kinderzuschüsse, Konfession, Hoheitsrechte, Kosten, Kriegsbeihilfen, Nichternstlichkeit, Pensionierte B., Tod, Totenbett,

Digitized by Google

Unparteilichkeit, Vergütung, Waisengeld, Steuerprivileg, Witwengeld.
Beamte s. ferner Abänderung, Begnadigung, Diensteinkommen, Gehaltsminderung, Gehobene Stellungen, Gnadengesuch, Höhere Stellen, Kassenbeamte, Kündigungsbeamte, Nachteilige Berichte, Ordnungsstrafen, Pensionsteil, Personalakten, Rehabilitierung, Sexuelle Verfehlungen, Urlaub, Urteile, Verfehlungen, Verzicht, Wiedereinstellung.
Beamtenanstellung 361; — Willensmängel bei der B. 247 f; — ob einseitiger Staatsakt oder Vertrag zwischen der Verwaltung und dem anzustellenden Beamten 251; — s. Anfechtbarkeit, Erschlichene A., Erzwungene A., Frist, Gleichheit, Irrtümliche B., Mangel, Mangelhafter Staatsakt, Nichtigkeit, Pflichtwidrigkeit, Täuschung, Unrichtige Angaben, Verkäufe, Zurücknahme, Zwang.
Beamtenausschüsse 467 f.
Beamteneigenschaft s. Wiederaufhebung.
Beamtengehalt, Nachzahlung von B. 318.
Beamtengesetzgebung 438.
Beamtenreliktenproletariat 193.
Beamtenstand zweiter Klasse 454.
Beamtenwitwen, Erwerbstätigkeit von B. 193 f., 203.
Bedingtes Urteil 242.
Bedingungen für den Eintritt eines schädigenden Ereignisses 16; —für den Eintritt eines Schadens 17, 22, 49; — der Gültigkeit einer Polizeiverordnung 59.
Bedürfnisanstalt 119.
Bedürfnisse des Lebens, mit denen polizeiliche Vorschriften unvereinbar sind 78.
Bedürfnisfrage 110; — bei Schankstätten 136; — s. Konzessionsangelegenheit.
Beeinträchtigung des Genusses eines Gutes 9; — der Benutzung einer Fläche für den öffentlichen Verkehr 400.
Begnadigung eines Beamten 446.
Behörden s. Meinungsverschiedenheiten.
Behördenordnung 286.
Behördenorganisation 152.
Beiladung 348.
Beitreibung von Besitzsteuer gegenüber Ehegatten 181, 184.
Belagerungszustand 157, 224, 432.
Belästigungen 8 f., 48, 59, 337; — ob polizeiliches Einschreiten rechtfertigend 7.
Belehrung, s. Rechtsmittelbelehrung.
Beleidigungen 11.
Beleuchtung, s. Elektrische B., Gasbeleuchtung, Straßenbeleuchtung, Theater, Treppenbeleuchtung.
Beobachtungen über die Gefährlichkeit eines Zustandes 42.
Berechtigung des polizeilichen Einschreitens 66; — der Polizei zum Erlassen einer Verfügung 97.
Bereicherung, s. Ungerechtfertigte B.
Bergpolizei 52.
Berichte s. Ungünstige Berichte.
Berichtigung s. Gesetzesberichtigung.
Berufung im Disziplinarverfahren 441, 448 f.
Berühmen 400 f., 411.
Berührungspunkte zwischen dem privaten und dem öffentlichen Rechte 380.
Beschädigung s. Transport.
Bescheid des Vorsitzenden im Verfahren vor dem Reichsfinanzhofe 245.
Beschleunigung des Disziplinarverfahrens 441, 442. 444.
Beschlußverfahren 325, 428; — im Sinne der §§ 115 ff. des LVG. 243, 346; — vor dem Reichsfinanzhofe 244; — Erweiterte Zulässigkeit des B. 426;. — s. Verwaltungsstreitverfahren.
Beschränkte Öffentlichkeit eines **Weges** 397.
Beschwerde 410, 421; — als Rechtsmittel 300; — gegenüber der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 403; — Einlegung statt des Einspruchs bei der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 422; — im Falle der Kündigung von Beamten 459; — s. Anschlußbeschwerde, Aufsichtsbeschwerde.
Beschwerdegericht, Nachprüfung durch das B. bei der Besteuerung 222.
Beseitigung einer Gefahr 78; — der freien Wassergenossenschaften 365.
Besitz 238, 400.
Besitzsteuer s. Abrundung, Beitrei-

Digitized by Google

bung, Ehegatten, Eheschließung, Erben, Erhebungszeitraum, Gesamtschuldnerische H., Haftung, Rechtsmittel, Schuldenabzug, Steuerbescheid, Steuererlaß, Steuersatz, Unrecht, Verjährung, Verzug, Zuwachsgrenze.
Besitzsteuererklärung, Abgabe der B. 170.
Besoldungsdienstalter 361.
Besorgnis, Erregung der B. vor Schaden 20.
Besserungszweck als Strafzweck 280.
Bestallungen. Zurücknahme von gewerbepolizeilichen B. 108.
Bestimmtheit polizeilicher Verfügungen 407; — einer Inanspruchnahmeverfügung 407.
Bevölkerungspolitik und Beamten- Witwen- und -Waisenversorgung 185 ff.
Bevollmächtigte vor dem Reichsfinanzhofe 242.
Bewässerungsanlagen 219.
Bewegungsfreiheit für die Polizei 38.
Beweggründe, die eine Verwaltungsbehörde zu dem Erlaß eines Verwaltungsakts bestimmten 261.
Beweisaufnahme im Disziplinarverfahren 439; — s. Wiederholung.
Beweiserhebungen 143, 242; — durch den Reichsfinanzhof 243, 245.
Beweispflicht 416, 429; — in Fällen der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 414.
Beweiswürdigung, Freie, durch den Disziplinarrichter 445.
Bilanzvorschriften des § 42 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. 222.
Bindende Kraft des Verwaltungsrechtssatzes 291.
Bindings Bestimmung des Wesens der strafrechtlichen Gefährdung 25.
Bindung der Polizeibehörden 50; — des Richters durch Polizeiverordnungen 58; — der Behörde durch eine Norm, die dem Einzelnen ein Recht auf ein bestimmtes Handeln der Behörde verleiht 108; — der Polizeibehörden an bestimmt zu verfolgende Ziele 145; — des Disziplinarrichters durch den Strafrichter 443.
Binsen, Schneiden von B. 212.
Bodenerzeugnisse, Entwendung von B. 219.
Brand, Schutz bei Ausbruch eines Br. 25.
Branntwein 82.
Branntweinausschank, Unzulässiger 4.
Brücke 397; — im Zuge eines öffentlichen Weges 236.
Brunnen 21, 31, 37 f., 39, 43, 56.
Brunnenwasser 82.
Buchführung, Unregelmäßigkeiten in der B. 462.
Buchstabe des Gesetzes 142.
Bundesrat 153 f., 241.
Bundesamt für das Heimatwesen 387.
Bundesstaatlicher Aufbau des Reichs 311.
Bürgerliche Freiheit, Einschränkung in dem Genusse derselben 71.
Bürgerliche Rechtsordnung 418, 428; — Berufung auf ein der b. R. angehörendes Recht im Falle der Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr 399; — als maßgebend bei einer Inanspruchnahme 413; — s. Gleichwertigkeit, Öffentliches R.
Bürgerliche Rechtsstreitigkeit 307.
Bürgerliches Recht und Verwaltungsrecht, Unterschied zwischen beiden 326.
Bürgerliches Recht 434, 437; — welches dem öffentlichen Verkehr entgegensteht 420.
Bürgersteig 397, 418; — s. Bäume, Pferde.

Chausseepolizeibehörde, Chausseebaupolizeibehörde 396.
Chausseestrecken, Straßenlaternen auf Ch. 125.
Chikane s. Schikane.
cessio legis 391.
Cholerastation 381.

Dachgeschoßräume, Benutzung der D. 125 f.
Damm 397.
Dänische Farben 3.
Dauer, Irrtum über die D. eines Beamtenverhältnisses 256; — der Benutzung als Weg 342; — des Disziplinarverfahrens 440, 447.
Degradation 454.
Deterministische Weltanschauung 16.
Diebstahl auf einem öffentlichen Wege 396.
Dienstakten s. Einsichtnahme.
Dienstalter s. Besoldungsdienstalter.
Dienstbefehl an Beamte 155.
Diensteinkommen der Beamten, Auffassung desselben 204; — Minderung bei Beamten 450.

Digitized by Google

Dienstentlassung im Disziplinarverfahren 440; — als Folge eines gerichtlichen Urteils 443.
Dienstpflicht, Erfüllung der D. 99.
Dienstvergehen s. Verjährung.
Dinglichkeit 237.
Direkte Steuern 314.
Dispensationen, Vorbehalt solcher in Polizeiverordnungen 75.
Dispensationsrecht, Polizeiliches 133.
Disziplinargesetz s. Lücke.
Disziplinargesetzgebung, Reform der D. 438 f.
Disziplinarhof 448; — in Leipzig 445.
Disziplinarkammern, die von den bestehenden Behörden ganz getrennt sind 439; — Besondere mit teilweise richterlichen Mitgliedern 440.
Disziplinarstrafen s. Löschung.
Disziplinarverfahren nach Verhängung einer Ordnungsstrafe 462; — s. Abhängigkeit, Berufung, Beschleunigung, Beweisaufnahme, Beweiswürdigung, Bindung, Dauer, Dienstentlassung, Gleichzeitigkeit, Mittlere Beamte, Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Staatsanwaltschaft, Standesgenossen, Strafrichter, Unmittelbarkeit, Untere Beamte, Untersuchung, Verbindung, Verschleppung, Wiederholung, Zeuge, Zurückverweisung, Vorsitz, Widerspruch, Zusammensetzung.
domaine public 297.
Doppelbesteuerung 244.
Dorfauen 396.
Dringende Gefahr 25.
Dritter, der durch willkürliche Unterstützung Hilfsbedürftiger sich in die Angelegenheiten des Armenverbandes einmischt 388.
Drohungen 40, 249 f.; — Beeinflussung des Willens des Erklärenden durch widerrechtliche Dr. 263; — mit Gefahr für Leib und Leben des Erklärenden 263.

Egoistische Interessen kleiner Minderheiten, Wahrnehmung durch den Staat 277.
Ehe s. Absicht, Anfechtung, Nichtigkeit.
Ehebruch 452.
Ehefrau, Selbständigkeit der E. 112; — s. Zwangsvollstreckung.
Ehegatten, Zusammenrechnung des Vermögens bei der Besitzsteuer 167; — von denen der eine beschränkt, der andere unbeschränkt steuerpflichtig ist 175; — von denen der eine unbeschränkt, der andere überhaupt nicht steuerpflichtig ist 175; — von denen nur einer beschränkt steuerpflichtig ist 177; — die beide beschränkt steuerpflichtig sind 176; — s. Anfangsvermögen, Beitreibung, Erben, Erhebungszeitraum, Gesamtschuldnerische H., Getrennt leben, Haftung, Steuererlaß, Tod, Überschuldung, Unrecht, Verjährung, Verzug, Vorübergehende Trennung, Wegfall, Zuwachs, Zuwachsgrenze.
Eheliche Gemeinschaft, Aufhebung derselben 168.
Ehesachen 458.
Ehescheidung 168, 179, 181, 183.
Eheschließung 266; — während des für die Besitzsteuer geltenden Veranlagungszeitraums 174; — durch jüngere Beamte 186; — s. Totenbett.
Ehre 10 f.; — Schutz der E. 280.
Ehrenkränkungen, Schutz gegen E. 11.
Eid s. Parteieid.
Eigenjagdbezirke, Bildung aus Seen, Teichen, Weihern und ähnlichen Wasseransammlungen 207 f.; — s. Eigentum, Flächenraum, Forstwirtschaftliche Benutzbarkeit, Landwirtschaftliche Benutzbarkeit, Trennungsflächen, Zusammenhang.
Eigenmacht s. Verbotene E.
Eigenschaften, Irrtum über E. der als Beamter anzustellenden Persönlichkeit 256.
Eigentum 401, 414 f., 418; — Schutz des E. 47, 74; — Einschränkung in dem Genusse des E. 71; — Verfügung über das E. 94; — Beschränkung des E. der Untertanen nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung 115; — am Körper des Weges 339; — Erwerb als vermeintlich freies E. 419; — s. Flußbett, Öffentliches E., Polizeigemäßer Zustand, Vereine, Wege.
Eigentums- und Freiheitsklausel des Gesetzes vom 5. Juli 1823 353, 357.
Einfriedigung behufs Bildung von Eigenjagdbezirken 210, 216.

Digitized by Google

Eingetragene Genossenschaften, Besteuerung 222.
Einkommen s. Diensteinkommen.
Einkommensteuergesetz 221; — Sinngemäße Anwendung des § 13 EStG. 222.
Einschränkung bei der Genehmigung eines Baues 407; — der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 412.
Einsichtnahme in die Dienstakten 467.
Einspruch 410; — an die Wegepolizeibehörde 335, 403 f., 406, 421; — gegen die Einziehung eines Weges 344 f.; — s. Klage.
Einsturz eines Hauses 27, 42.
Eintritt, Ob nur sicherer E. eines befürchteten Ereignisses polizeiliches Einschreiten rechtfertigt 17; — eines Schadens als eine nicht ganz unwahrscheinliche Tatsache 21.
Einverständnis des zur Verfügung über den Weg Berechtigten 342.
Einziehung von öffentlichen Wegen 397, 399, 402, 406, 413, 421; — s. Wege.
Eisenbahnbetrieb, Schädigung durch gesetzliche Maßnahmen 301.
Eisenbahnen, Betrieb von E. 268.
Eisenbahnwesen, Gefährdung der Sicherheit durch Verstöße gegen Betriebsvorschriften 461.
Elementare Vorgänge, Abwehr gefährlicher e. V. 14.
Elektrische Beleuchtung 64 f.
Elektrischer Strom 133.
Elektrizitätserzeugung 213.
Eltern s. Geldentschädigung.
Enteignung 288, 318, 336, 347, 360.
Entmündigungssachen 458.
Entschädigung bei der Einziehung von Wegen 335, 347, — in Fällen der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 402, 418; — für den Verlust eines tatsächlichen Zustandes 421; — s. Öffentlich-rechtliche E.
Entwässerungsanlagen 219.
Empfängnis, Verhütung der E. 82.
Enumerationsmethode 105.
Epidemiegesetz 276.
Erben, Haftung für die Besitzsteuer von Ehegatten 182 ff.
Erbrecht 435.
Erde, Unbefugte Entfernung von einem Grundstücke 219.
Ergänzungssteuergesetz 177.
Erhebungszeitraum, Bedeutung für die Besitzsteuer von Ehegatten 182 f.
Erlaubnis, Erteilung oder Versagung durch die Polizeibehörde 98, 108; — Versagung oder Zurücknahme einer polizeilichen E. 148; — s. Gewerbeerlaubnis, Polizeiliche E.
Erlaubte Privatgesellschaften des ALR. 367 ff.
Erlöschen des Anspruchs der Hilfsbedürftigen gegen den Armenverband 388.
Ermessen 346 f., 430; — ob wegen der Möglichkeit eines Schadens eine Sachlage zu verhüten sei 30; — Freiheit des polizeilichen E. 38; — bei Ausübung des Polizeiverordnungsrechts 77; — des polizeilichen Gesetzgebers 78 f.; — Unrichtige oder unzweckmäßige Ausübung des E. 97; — der Polizei bei der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 420; — s. Fehlerhafte Anwendung, Freies E., Grenze, Irrige Annahme, Motive, Nichtüberschreitung, OVG., Pflichtmäßiges E., Rechtliche Voraussetzungen, Tatsächliche Voraussetzungen, Weisungen.
Ermessenserwägungen der Polizeibehörde, ob von § 10 II. 17 ALR. zugelassen 128.
Ermessensfragen, Entscheidung der Gerichte über E. 73; — Überprüfung solcher 85 f.
Ermittlungen des Reichsfinanzhofs 243, 245; — bei der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 414.
error in persona 255, 257.
Errungenschaftsgemeinschaft 171, 180, 181.
Ersatz im Sinne des Unterstützungswohnsitzgesetzes 391.
Ersatzanspruch des Bürgers gegen den Staat wegen Auferlegung eines besonderen Opfers 301; — gegen Dritte, Begründung eines solchen durch § 62 des Unterstützungswohnsitzgesetzes 391.
Ersatzweg 418.
Erscheinen s. Persönliches E.
Erschlichene Anstellung als Beamter 260.
Ersitzung 420.
Erstattung im Sinne des Unterstützungswohnsitzgesetzes 391.

Digitized by Google

Erweiterung der polizeilichen Befugnisse 50.
Erzwungene Anstellung als Beamter 263.
exceptio doli 261.

Fabrikanlagen, Untersagung der Errichtung 81.
Fahne, Rote 3.
Fahrdamm 397.
Fähre, Betrieb einer öffentlichen F. 119.
Fahren über landwirtschaftliche Grundstücke 218.
Fahrnisgemeinschaft 171, 180 f.
Fahrlässigkeit 419.
Fahrweg 418.
Fakultätsstatute 349.
Falsche Vorstellungen bei dem polizeilichen Gesetzgeber 77.
Farben s. Dänische F.
Fehlerhafte Anwendung des freien Ermessens 146
Fehlerhaftigkeit des Willensakts eines Geschäftsfähigen 249.
Fehlsprüche bei Amtsvergehen 447.
Felder, Schutz von F. 48.
Feldinventar, Verminderung des Wertes des F. 219.
Feldpolizei 217 f., 319.
Fenster s. Schaufenster.
Fernbleiben s. Gehaltsentziehung.
Feststellung der Eigenschaft eines Weges als eines öffentlichen 398; — s. Tatbestandsfeststellung.
Feststellungsurteile 404.
Feuer, Verbot der Benutzung von F. 27.
Feuerlöschhilfe 31.
Feuersbrünste, Schutz vor F. 28.
Feuersgefahr 21, 26, 27, 46 f., 56; — Schutz der Bewohner gegen F. 46.
Feuersicherheit 26, 64.
Filmzensur 225.
Finanzgewalt 295.
Finanzielle Nachteile 26.
Finanzwirtschaft, Wahrung der Interessen der kommunalen F. durch den Amtsvorsteher 144.
Fischerei 212; — Einrichtung zur F. 210.
Fischereirecht, Beeinträchtigung durch Strombauten 301.
Flächenraum von wenigstens 75 Hektaren als Voraussetzung für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes 210, 216.
Fliegerbomben 302.
Fluß, Sicherheit des Verkehrs auf einem schiffbaren Fl. 14; — Verbreiterung und Ausbuchtung eines Fl. 213, 216.
Flußbett, Eigentum am Fl. 298.
Folgerungen aus der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 409.
Form der Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr 398.
Forsten, Pflege von F. 268.
Fortgesetzte Handlung 462.
Forstwirtschaftliche Benutzbarkeit 216; — als Voraussetzung der Bildung von Eigenjagdbezirken 211.
Fortsetzung der Störung des Verkehrs auf einem Wege 398; — des Verwaltungsstreitverfahrens nach Zurücknahme der Inanspruchnahmeverfügung 406.
Frankfurt a. M. 349.
Französisches Recht s. Rekurs.
Freie Bewegung, Polizeiliche Einengung 8.
Freie Überzeugung des Reichsfinanzhofs 242 f.
Freies Ermessen 288; — und Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte 101.
Freiheit 11; — Einschränkung der Fr. 28; — Beschränkung durch Vorschriften 64; — Beschränkung der Fr. der Untertanen nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung 115; — s. Bürgerliche Fr.
Freiheitsstrafe 179.
Freisprechung durch die Strafgerichte 444.
Freitreppe 397.
Frieses Auffassung über Zulässigkeit des Rechtsweges gegen polizeiliche Verfügungen 69.
Frist für die Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof 241; — für die Anfechtung der Beamtenanstellung 258, 263.
Füchse 27.
Fundrecht 237.
Furcht, Erregung von F. 7; — Erregung der F. vor Schaden 20.
Fürsorgezögling, Unterhalt des F. nach Eintritt der Rechtskraft des bezüglichen Beschlusses 381.
Fußweg 397, 418.

Gartenbau 219.

Digitized by Google

Gas, Ersparung von G. 133.
Gasbeleuchtung 65.
Gebrauchsrechte an den öffentlichen Sachen 294.
Gebühren im Verfahren vor dem Reichsfinanzhofe 246; — des KAG. 318; — s. Rechtsanwälte, Sachverständige, Zeugen.
Geburtenrückgang 198.
Gefahr, Abwendung von G. als Aufgabe der Polizei 2; — ob Erzeugnis unseres unvollständigen Wissens 17; — die besteht, ohne daß jemand von ihr weiß 19; — s. Abhängigkeit, Abstrakte G., Abwehr, Art, Beseitigung, Dringende G., Drohung, Gesundheitsgefahr, Herbeiführung, Konkrete G., Möglichkeit, Ordnung, Polizeirechtliche G., Polizeiverordnungen, Regelwidrigkeit, Ruhe, Schade, Sicherheit, Strafbare Handlung, Tauglichkeit, Unbestimmtheit, Unmittelbarkeit, Ursprung, Vergrößerung, Verhältnis, Verminderung, Zeitpunkt, Zukunft, Zweck.
Gefährdung s. Örtlichkeit.
Gefährlichkeit s. Beobachtungen.
Gefahrlosigkeit s. Gesellschaftliches Zusammenleben.
Geflügel, Halten von G. 212.
Gegenstand einer Polizeiverordnung und einer polizeilichen Verfügung 51.
Gehalt s. Beamtengehalt.
Gehälter s. Lehrergehälter.
Gehaltsaufbesserung 317.
Gehaltsentziehung wegen Fernbleibens vom Dienste 456.
Gehaltsminderung bei Beamten 450.
Geheimer Vorbehalt 264.
Gehen über landwirtschaftliche Grundstücke 218.
Gehobene Stellungen, Versetzung von Beamten aus solchen 454.
Geisteskranke, Unterhalt von G. 384.
Geisteskrankheit 179; — Gemeingefährliche G. 40.
Geistiger Zustand des einzelnen Menschen 11.
Geld, Hingabe an einen Hilfsbedürftigen 387.
Geldentschädigung der Eltern an den Armenverband, der ein Kind unterstützt hat 393.
Geldumlauf, Verwirrung der staatlich gesicherten Ordnung des G. 3.
Geltendes Recht 355.
Gemeindeeinkommensteuer 330.
Gemeinde als Rechtssubjekt des öffentlichen Rechtes 304.
Gemeingebrauch, Besondere Benutzung der dem G. dienenden öffentlichen Sachen 108; — Sondernutzungen an im G. stehenden öffentlichen Sachen 148; — an Gegenständen des öffentlichen Rechtes 338; — Vorteile aus einem G. 342; — an einem öffentlichen Wege 401, 418; — s. Straßen.
Gemeininteresse, Verfolgung mit Verfügungen von Behörden 137.
Gemeinwohl 341 f.; — Forderung durch die Regierungen 4; — Schädigung des G. 132.
Genehmigungen, Zurücknahme von gewerbepolizeilichen G. 108; — der Hilfeleistung eines Dritten durch den vorläufig verpflichteten Armenverband 387.
Genossenschaften s. Eingetragene G.
Genossenschaftliche Staatsauffassung, Uralte deutsche 158.
Geräusche 112.
Gerichtskostengesetz 245 f.
Gerichtsorganisation 352.
Gerüche 25.
Gesamtschuld 238.
Gesamtschuldnerische Haftung von Ehegatten für die Besitzsteuer 180.
Gesamtschuldverhältnis 339.
Geschäftsführung ohne Auftrag 238, 377, 379, 387, 388; — im öffentlichen Rechte 381.
Geschäftsordnung für den Reichsfinanzhof 246.
Geschäftsstelle des Reichsfinanzhofs 240.
Geschäftsunfähigkeit 170.
Geschlechtliche Erregung 82.
Geschoß, Abirren eines G. 27.
Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes 362 f., 374.
Gesellschaftliches Zusammenleben, Gefahrlosigkeit desselben 84.
G. m. b. H., Bezüge der zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter 223; — s. Bilanzvorschriften.
Gesellschaftsräume, Größe solcher 61.
Gesetz 237; — Stellung der Verwaltung zum G. 131; — das die polizeiliche Verpflichtung des Einzelnen bestimmt 134; — Vorbehalt des G. 291; — Erlaß in der vorkonstitutionellen Zeit 349 f.;

Digitized by Google

— Erfordernis eines formellen G. für jede Rechtsnorm 351; — Bedeutung einer Änderung des G. für die unter dem alten Rechte entstandenen Rechtsverhältnisse 367; — s. Buchstabe, Eigentum, Freiheit, Gleichheit, Geist, Vorbehalt, Wille.
Gesetze, Besondere Gesetze, die zum Erlasse von Polizeiverordnungen ermächtigen 59.
Gesetzesauslegung 356, 374.
Gesetzesbegriff, Materieller 357, 358; — Formeller 358.
Gesetzesberichtigung 156.
Gesetzeskommission, Begutachtung durch die G. 359.
Gesetzeslücke 362.
Gesetzgebende Macht als untrennbar von der Polizeiverwaltung 70.
Gesetzgeber, Sorgfalt eines ordentlichen G. 362; — s. Schweigen.
Gesetzgebung 155 f.; — und Verordnung, Abgrenzung ihrer Gebiete 354; — Schwungkraft zur G. 438.
Gesetzgebungsstadium, Differenzierung der Staatszwecke im G. 279.
Gesetzmäßige Verwaltung 143.
Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 292.
Gesetzsammlung 356.
Gestaltungsurteile 404.
Geständnis 240.
Gesundheit 9 ff.; — Schutz der G. 25, 280; — Sorge für die G. 47; — Gefährdung der G. 60; — s. Volksgesundheit, Wasser.
Gesundheitsgefahr 21.
Getrenntleben von Ehegatten 173 f., 177 ff., 181.
Gewerbe, deren Ausübung die Möglichkeit einer Verletzung schafft 27.
Gewerbebetrieb im Umherziehen 112.
Gewerbeerlaubnis, Erteilung einer G. 259.
Gewerbeordnung s. Konzessionsangelegenheiten, Zuverlässigkeit.
Gewerberecht, Entschädigungsansprüche im Gebiete des G. 30.
Gewerbetätigkeit, Wirkung auf die Anwohner der Straßen und die Nachbarn solcher 8.
Gewerbliche Zwecke, See, der solchen dient 213.
Gewohnheitsrecht 237, 293, 301.
Gewöhnlicher Verlauf der Dinge 23.
Giebelstube, Beseitigung einer G. 120.
Gläubigerverzug 393.
Gleichheit vor dem Gesetze 143; — des Namens als Grund für die irrtümliche Aushändigung einer Beamtenanstellung 255; — Grundverhältnis der Gl. der beteiligten Rechtssubjekte 379.
Gleichwertigkeit der bürgerlichen und der öffentlichen Rechtsordnung 420.
Gleichzeitigkeit von Straf- und Disziplinarverfahren 442.
Gnadengesuch eines Beamten 446.
Gotteslästerung 317.
Gras, Schneiden von Gr. 212.
Greifswald 356.
Grenze für das Recht zum Erlasse von Polizeiverordnungen 47; — welche die ermächtigende Norm den Ermessenserwägungen der Polizeibehörde zieht 135; — des polizeilichen Ermessens 136; — für die polizeilichen Anforderungen 149; — Bauen über die Gr. 415.
Grundbuch, Befreiung vom Buchungszwange 298; — s. Öffentlicher Glaube.
Grundbücher für die Verlautbarung der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen 298.
Gründe, die für die Einziehung von Wegen zu erwägen sind 340; — gegen die Einziehung von Wegen 341.
Grundlage eines Gebots, die dem Polizeirecht entspricht 60.
Grund- und Freiheitsrechte der Verfassungen 93, 291 f.
Grundgerechtigkeiten 401, 418.
Grundstücksumsatzsteuer 232.
Gutachten des Reichsfinanzhofs 245; — s. Sachverständigengutachten.
Guter Glaube in Fällen der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 419.
Gütergemeinschaft 171, 180 f.
Gütertrennung 170 f.
Gutsauen 396.
Haftung, Solidarische H. der Eheleute 169; — der Eheleute für die Besitzsteuer 172.
Hagestolzensteuer 189, 194, 202.
Halle 356.
Handeln ohne jedes polizeiliche Motiv 140.
Hannoversches Wegerecht 422.
Harmlose Fälle, Gelten einer Polizeiverordnung für solche 58.

Digitized by Google

Hausangestellte, Recht der H. 433.
Häusliche Gemeinschaft 433.
Hektor 401.
Heeresverwaltung, Rechtsansprüche des Soldaten gegen die H. 300.
Heimatrecht 153.
Heiratsregister 168.
Herbeiführung einer Gefahr 46.
Herkömmliche Zulassung eines Zustandes oder Vorganges seitens der Polizei 33.
Hilfsbedürftige s. Abtretung, Ärztlicher Beistand, Dritter, Erlöschen, Geld, Kleider, Lebensmittel.
Hilfsbedürftigkeit 112; — ob vorliegend 378, 385.
Hilfsrichter bei dem Reichsfinanzhofe 240.
Hinderung der Benutzung einer Fläche für den öffentlichen Verkehr 400.
Hinterbliebene s. Kommunalbeamte, Reichsbeamtenhinterbliebene.
Hochwasser 397.
Hoheitsrechte, Fehlerhaft angestellter Beamter, der als Träger von H. aufgetreten ist 259.
Höhere Stellen, Aufrücken von Beamten in solche 466.
Höherer Dienstposten, Verleihung eines solchen 254.
Höheres Amt, Übertragung eines solchen entgegen der Absicht der anstellenden Behörde 256.
Hunde 21.
Hutnadel, Tragen einer H. 27.
Hysterische Zustände 445.

Jagd, Ausrüstung zur J. 396.
Jagdbezirk s. Eigenjagdbezirk.
Jagdgesetze 436.
Jagdnutzung 220.
Jagdschein, Entziehung des J. 139.
Ideale Güter, Fürsorge der Polizei für solche 12.
Identitätsirrtum 255, 257.
Illegitime Rechtsbildung 318.
Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr 397 ff.; — s. Außerkraftsetzung, Beschwerde, Bestimmtheit, Beweispflicht, Bürgerliche Rechtsordnung, Einschränkung, Entschädigung, Ermessen, Ermittlungen, Folgerungen, Form, Fortsetzung, Guter Glaube, Klage, Klageabweisung, Künftige Maßnahmen, Öffentlichkeit, Polizeiwidrigkeit, Privatrecht, Unentbehrlichkeit, Verwaltungsstreitverfahren, Vollstreckung, Voraussetzungen, Vorübergehender Zweck, Wege, Zeitpunkt, Zurücknahme, Zuständigkeit.
Indirekte Steuern 315.
Individuelle Gestaltung einzelner Fälle, die ein polizeiliches Einschreiten nicht rechtfertigt 53.
Individueller Charakter der Klage gegen polizeiliche Verfügungen 90.
Industriebezirk 29.
Inhalt, Richterliche Kontrolle des sachlichen J. einer Polizeiverordnung 77.
Interesse, das nach polizeilichen Anschauungen ein polizeiliches Eingreifen rechtfertigt 35; — am Unterbleiben einer polizeilichen Beschränkung 64.
Interesse s. Gemeininteresse, Egoistische J., Maß, Negatives J., Öffentliches J., Rechtlich geschütztes J.
Interessen, welche durch Vermeidung oder Verhinderung der als gefährlich zu erachtenden Sachlage beeinträchtigt werden 27; — welche durch eine allgemeine polizeiliche Vorschrift beeinträchtigt werden 57.
Interessenabwägung bezüglich der Verhütung eines Schadens 28; — vor dem polizeilichen Einschreiten 36.
Interessenberücksichtigungsanspruch d. durch eine polizeiliche Verfügung betroffenen Privaten 127.
Interessentenweg 402.
Invalidenrente, deren Empfänger Kinder unter 15 Jahren hat 195.
Inventar s. Feldinventar.
Irrige Annahme der Buchung in Ermessenserwägungen 136.
Irriger Glaube, zu einer Zahlung verpflichtet zu sein 384.
Irrtum 19, 247, 249, 419; — Kenntnis eines J. des Erklärenden bei dem Geschäftsgegner 260; — der Behörden über die Person des Anzustellenden 261; — s. Art, Dauer, Eigenschaften, Identitätsirrtum, Lehrer, Vergütung.
Irrtümliche Anstellung als Beamter 253.
Jugendliche, Teilnahme an Lustbarkeiten 13.
Jugendschutz 224.
Junggesellen, Bekehrung eines alten

Digitized by Google

J. zur Erfüllung seiner staatsbürgerlichen Pflichten 191, 202.
Juristische Grundlehre 315 f.
Juristische Persönlichkeit insbesondere des Staates 302.
Justizirrtümer 230.
Justizschäden 301.

Kaiserliche Verordnung 241.
Kammergericht 81, 363, 365, 374; — Großer Disziplinar-Senat des K. 445.
Kassenbeamte 465.
Käufe eines Beamten für den anstellenden Verband 259.
Kausalität, Gesetz der K. 15.
Kiesgruben 219.
Kinder s. Uneheliche K., Witwengeld.
Kindererzeugungsprämien 189, 194, 202.
Kinderreiche Familien, Fürsorge für solche 199 f., 205.
Kinderzuschüsse bei Beamten 200 f.
Kinematographentheater, Türen eines K. 119.
Kirchenregiment in der altpreußischen Landeskirche 319.
Kirchenweg 397.
Klage gegen die Einziehung eines Weges 344 f.; — an deren Stelle ein Einspruch bei der Wegepolizeibehörde geboten wäre 404; — gegenüber der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 404; — s. Popularklage.
Klageabweisung im Falle einer Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 412.
Kleiden, Hingabe an einen Hilfsbedürftigen 387.
Kohlensäure, Aufsteigen aus dem Erdinnern 42.
Kohlers Tod 434.
Kolonien 155.
Kommentare, Bedeutung für die Praxis des Verwaltungsrechts 308.
Kommunalbeamte, Fürsorge für ihre Hinterbliebenen 206.
Konfession eines Beamten 261.
Konfliktsgesetz 43.
König, Gesetzgebungsrecht des K. 354.
Konkrete Gefahr für die Allgemeinheit 63.
Konstitutioneller Geist 156 f.
Konzessionsangelegenheiten, die unter § 33 der Gewerbeordnung fallen, Geeignetheit des Lokals und Bedürfnisfrage in solchen 109.
Körperverletzung 444; — eines Kindes, dessen Ausheilung der Vater besorgt 385.
Korporationen, Nichtanhörung und Nichtberücksichtigung ihrer Vorschläge betr. Statuten 349.
Kosten des Verfahrens vor dem Reichsfinanzhofe 243; — die dem Beamten aus Anlaß der Ernennung entstanden sind 260; — der Unterhaltung eines Weges 342; — s. Verteidigung.
Kostenerstattungspflicht, Regelung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes 381.
Kostenwesen im Verfahren vor dem Reichsfinanzhofe 245.
Krankenhaus, Errichtung eines Kr. 340; — s. Amtsvorsteher.
Krankenhäuser 385, 387; — Inanspruchnahme durch Mittellose 377.
Kriegsbeihilfen für Beamte 200.
Kriegsdienst, -gefangenschaft 179.
Kriegserklärung 103.
Kriegsschäden 244, 301 f., 432; — Rechtliche Behandlung der Kr. 228.
Kriegswirtschaft, Folgen der Kr. 33.
Kulturzweck des Staates 279.
Kündigung s. Beschwerde, Teilpension.
Kündigungsbeamte 453, 457, 458 ff.
Künftige Maßnahmen, Inanspruchnahme, die sich gegen solche richtet 408.
Künftige Schäden, Beseitigung solcher als Inhalt einer wegebaupolizeilichen Verfügung 408.
Künftige Störung des öffentlichen Verkehrs 408.
Kunstgeschmack 340.
Kürzung s. Witwengeld.

Landesverwaltungsgesetz, Zur Auslegung des § 127 Abs. 3 86 f.; — s. Beschlußverfahren.
Landeswasseramt 363, 368, 371 ff., 374.
Landkreise, Einrichtungen der L. auf dem Gebiete der Kriegswirtschaft 160.
Landrecht s. Allgemeines L.
Landwirtschaftliche Benutzbarkeit 216; — als Voraussetzung der Bildung von Eigenjagdbezirken 211.
Landwirtschaftsminister 375.
Landwirtschaftsrecht 217, 318.
Landwirtschaftsverwaltung 217.
Leben 9 ff.; — Sorge für das L. 47; — Gefährdung des L. 60; — Schutz des L. 280.

Digitized by Google

Lebensgefahr 377; — für die Bewohner eines Hauses 21.
Lebensgüter, Schutz von L. des Einzelnen 11.
Lebensmittel, Hingabe an Hilfsbedürftige 387.
Legalitätsprinzip 128 ff., 131, 133.
Lehmgruben 219.
Lehrer, Irrtum über die Eigenschaft eines L. als eines wissenschaftlichen L. 247.
Lehrergehälter 357.
Leibgedinger, Bäuerlicher 392.
Leibgedingepflichtige Hofbesitzer, Ersatzansprüche gegen solche 377 f.
Leihe 400.
Leistungsurteile 404.
Lex Schiffer von 1906 354 ff., 359.
Lichtspielwesen 225.
Liquidation von freien Wassergenossenschaften 362 f., 373.
Lokaltermine der Gerichte 360.
Löschung von Disziplinarstrafen 464.
Lücke im Disziplinargesetze 448; — s. Gesetzeslücke.
Luft, Verunreinigung der L. 25
Lustbarkeiten, Genehmigung von L. 54; — Zutritt Jugendlicher zu öffentlichen L. 61; — s. Jugendliche.

Machtzweck des Staates 279.
Mangel der Ernstlichkeit bei der Beamtenanstellung 266.
Mangelhafter Staatsakt als Grundlage einer Beamtenanstellung 248.
Maschinen, die durch Zufall oder Versehen Schaden anrichten 27.
Maß des im öffentlichen Interesse Gebotenen 60.
Massenbeobachtung 53.
Medizinalwesen, Regelung des M. 360.
Mehrheit, Verbindung einer M. von polizeilichen Anordnungen in einer Verfügung 409.
Meinungsverschiedenheiten zwischen Behörden 245.
Menschenleben, Sorge für die Erhaltung von M. 26.
Mentalreservation 265.
Merseburg 160.
Mietausfälle, Künftige 338.
Mildernde Umstände 443.
Militärhinterbliebenenbezüge, Vorschußzahlung auf solche 381.
Militärrecht, Übernahme des preußischen M. als Reichsrecht 355.
Militärversorgungssachen, Großer Senat für solche 240.
Mineralwässer, Herstellung künstlicher M. 81 f.
Minister des Innern 360.
Ministerpräsident, Preußischer 154.
Ministerverantwortlichkeit 154.
Mißstände, Duldung von M. 31.
Mißtrauen gegen die Rechtsprechung 446.
Mittlere Beamte, Zuziehung bei Disziplinarverfahren 440.
Möglichkeit eines Schadens 18, 40; — eines individuellen schädigenden Ereignisses 19; — des Eintritts eines Schadens 21; — einer Gefahr 24; — s. Verkehrsstörungen.
Monopolarzneimittel, Ankündigung solcher 83.
Moralische Verfehlungen, Straftarif für solche 452.
Motiv einer Polizeiverordnung 60.
Motive der polizeilichen Ermessensübung 136 f.; — Prüfung der M. bei polizeilichen Verfügungen 149.
Mühlenteiche 213.
Müllabfuhr 84.
Mündliche Verhandlung vor dem Reichsfinanzhofe 242.
Mündlichkeit im Disziplinarverfahren 439.

Nachlese 220.
Nachteile 4, 9, 48; — ob polizeiliches Einschreiten rechtfertigend 7; — s. Finanzielle N.
Nachteilige Berichte über Beamte 465.
Nachzahlung s. Beamtengehalt.
Name s. Ortsname.
Nationale Vereinigung 326.
Natur der Sache 102.
Naturereignisse 14 f.
Naturgeschehen, Verlauf und Folgen des N. 16.
Naturgesetze, Kenntnis der N. 16.
Naturkräfte 14; — Zerstörende Wirksamkeit von N. 27.
Natürlicher Verlauf der Dinge 23.
Negatives Interesse 260.
Neuaufbau Deutsch-Österreichs und des neuen Deutschlands 324 f.
Neue polizeiliche Verfügung 411.
Neue Gebiete, Polizeiverordnungsmäßige Regelung auf solchen 82.
Neues Recht, Rückwirkende Kraft desselben 368.

Digitized by Google

Nichtbetreten einer Fläche 398.
Nicht ernstlich gemeinte Anstellung als Beamter 264.
Nichtigkeit einer Ehe 168; — der Beamtenanstellung 258; — eines Rechtsgeschäfts infolge der Anfechtung 260.
Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung 250.
Nichtüberschreitung der äußersten, dem polizeilichen Ermessen gezogenen Grenzen 37.
Niedrigeres Amt, Versetzung in ein solches 455.
Nießbrauchrecht 343.
Norm, Wann der Gesetzgeber eine solche aufzustellen hat 57.
Nötig, um den polizeilichen Zweck zu erreichen 121; — im Sinne von § 10 II 17 ALR 128, 134, 147.
Nötige Anstalt im Sinne von § 10 II 17 ALR. 38, 67, 118.
Nötiges, Ob polizeiliche Anforderungen über das N. hinausgehen 119.
Notstand 25, 263.
Notwendigkeit einer polizeilichen Vorschrift 66; — des Erlasses einer Polizeiverordnung 125; — einer polizeilichen Verfügung 150; — des öffentlichen Weges 397.
Nutzen durch die Einziehung eines öffentlichen Weges 339.

Oberlandeskulturgericht 363.
Oberverwaltungsgericht 86, 94, 100, 107 f., 122, 135, 292, 308, 312, 330, 445; — Stellungnahme zu Ermessensfragen 113; — Wertung seiner Rechtsprechung und der Quellen für diese 138; — Abweichungen in der Rechtsprechung der einzelnen Senate 222.
Oberverwaltungsgericht, Sächsisches 293, 296, 298, 301, 308.
Objektiv erkennbares polizeiliches Motiv als Grundlage einer polizeilichen Verfügung 145.
Objektive Eignung der Bestimmungen einer Polizeiverordnung, einem verfolgten polizeilichen Zwecke zu dienen 126.
Objektive Möglichkeit eines Schadens 77 f., 80.
Objektive polizeiliche Momente, ob vorhanden 61.
Objektives polizeiliches Motiv, das einer Verfügung zur Rechtfertigung dient 141.
Ödland 219.
Ofenklappen 60.
Öffentliche Ämter, Aberkennung der Befähigung zur Bekleidung solcher 443.
Öffentliche Anstalten 303.
Öffentliche Dienstpflicht 299.
Öffentliche Einrichtungen, Schutz vor Erschütterungen und Störungen im Innern 12.
Öffentliche Rechtsordnung und bürgerliche Rechtsordnung, Unterschied zwischen beiden 417; — s. Gleichwertigkeit.
Öffentliche Sachen 296.
Öffentliche Sicherheit und Ordnung, Unmittelbare Gefährdung derselben 140.
Öffentlicher Glaube des Grundbuchs 420, 423; — im Sinne des § 892 BGB. 425, 427; — für die vorgeschlagenen Wegeverzeichnisse 426.
Öffentlicher Verkehr 418; — s. Außerkraftsetzung, Bürgerliches Recht, Beeinträchtigung, Hinderung, Künftige Störung.
Öffentlicher Weg, Begriff desselben 418.
Öffentliches Eigentum 235, 296, 298f.
Öffentliches Interesse 252 f. 257, 341; — Begriffsbestimmung des ö. J. 273; — als a priori staatsfremd 276; — ob der Staat an Rechtseinrichtungen, die dem Schutze oder der Verwirklichung des ö. J. dienen, in höherem Maße interessiert ist 277.
Öffentliches Recht s. Berührungspunkte.
Öffentliches Recht und Privatrecht, Unterscheidung beider 216.
Öffentliches Verkehrsinteresse 397.
Öffentliches Wohl 340 f.
Öffentlichkeit im Verfahren vor dem Reichsfinanzhofe 242; — eines Weges 412, 425, 427; — der Fläche als Voraussetzung der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 420; — Bestreitung der Ö. bei Wegen 396; — im Disziplinarverfahren 439.
Öffentlichrechtliche Entschädigung 300.
Offizialprinzip 463.
Offizierspatente, Vordatierung von O. 361.
Oldenburg 386.
Opportunitätsprinzip 111, 128 ff., 133, 463.

Digitized by Google

Ordentlicher Verwaltungsbeamter, Handeln eines solchen 99 f.
Ordnung, Erhaltung der öffentlichen O. als sich deckend mit der Abwendung von Gefahren 4.
Ordnungsstrafen gegen Beamte 457, 460; — s. Abänderung, Disziplinarverfahren, Wiederaufnahmeverfahren.
Organisationsrecht der Exekutive 352, 359; — der Regierung 355; — der Krone (Regierung) 356.
Ortlichkeit, Bedeutung für die Annahme einer Gefährdung 29.
Ortsnamen, Schreibweise von O. 121.
Österreich s. Neuaufbau.
Österreichischer Verwaltungsgerichtshof 325.

Pachtausfälle, Künftige 338.
Pachtrecht 401.
Parkanlagen, Herstellung von P. 340.
Parteieid 242.
Parteifähigkeit 241.
Partikularismus 343.
Patentverletzung durch die Marine 301.
Paulskirche, Ideale der P. 158.
Pension, Entziehung des Anspruchs auf die P. 459; — s. Teilpension.
Pensionierte Beamte, Verheiratung solcher 187, 191, 205.
Pensionsteil, der einem entlassenen Beamten als Unterstützung zuzubilligen ist 440.
Personalakten der Beamten 463; — Offenlegung der P. 465; — Geheimhaltung der P. 467.
Personen, Schutz der P. 47, 74.
Persönliches Erscheinen des Beteiligten 242.
Pfändung für eine Steuerschuld 172.
Pferde, Beschlagen auf dem Bürgersteige 119.
Pflanzenseuchen, Bekämpfung von Pfl. 319.
Pflichtmäßiges Ermessen 459.
Pflichtverletzung seitens der Polizei 43.
Pflichtwidrigkeit 137 ff., 141; — der Polizei 33, 36; — bei der Beamtenanstellung 265.
Pflugwenden 220.
Politisch tot 139.
Politische Moral 156 f.
Politischer Vergeltungsakt 142.
Polizei s. Absicht, Amtsbefugnisse, Augenschein, Auskunft, Bergpolizei, Bewegungsfreiheit, Feldpolizei, Gefahren, Herkömmliche Zulassung, Ideale Güter, Pflichtverletzung, Pflichtwidrigkeit, Präventive Tätigkeit, Rechtliche Voraussetzungen, Sicherheitspolizen, Wesen, Willkür, Wohlfahrtspolizei.
Polizeibeamte, Ob Bestrafte P. sein können 256.
Polizeibehörde s. Bindung, Erlaubnis, Grenze, Wohl.
Polizeigemäßer Zustand des Eigentums 14.
Polizeigewalt 272, 295; — Schutz gegenüber der P. 292.
Polizeiliche Anforderungen s. Grenze.
Polizeiliche Angelegenheiten, Zwangsvollstreckung in solchen 431.
Polizeiliche Befugnisse s. Erweiterung.
Polizeiliche Eingriffe 301.
Polizeiliche Erlaubnis, Versagung oder Zurücknahme einer solchen 135.
Polizeiliche Momente s. Objektive p. M.
Polizeiliche Motive, Nichtnachweisbarkeit solcher 144; — s. Handeln.
Polizeiliche Pflicht, Einschreiten bei Nichterfüllung einer p. P. 132.
Polizeiliche Strafverfügung 398.
Polizeiliche Verfügungen 403, 405, 407; — Überprüfung im Verwaltungsstreitverfahren 85 f.; — s. Aufhebung, Berechtigung, Bestimmtheit, Gegenstand, Individueller Charakter, Interessenberücksichtigungsanspruch, Motive, Neue p. V., Notwendigkeit, Objektiv erkennbares Motiv, Objektive polizeiliche Motive, Rechtskreis, Rechtsnorm, Rechtsweg, Rechtswidrigkeit, Tatfrage, Unterschied, Verwaltungsrichter, Voraussetzungen, Zweckmäßigkeit.
Polizeiliche Verpflichtung s. Gesetz.
Polizeiliche Vorschriften s. Ausnahmen, Bedürfnisse.
Polizeilicher Gesetzgeber s. Auswahl, Ermessen, Falsche Vorstellungen, Verständige Ausübung.
Polizeilicher Zweck s. Nötig.
Polizeiliches Einschreiten, Ablehnung eines solchen 430; — s. Änderung, Belästigungen, Berechtigung, Eintritt, Individuelle Gestaltung, Interesse, Interessenabwägung,

Digitized by Google

Nachteile, Unbequemlichkeiten, Urheber, Zeitpunkt.
Polizeirecht s. Grundlage .
Polizeirechtliche Gefahr 1 ff.; — Begriff derselben 35, 64.
Polizeistaat 129.
Polizeistunde 54, 108, 119; — Herabsetzung der P. 3.
Polizeiunrecht, Strafbarkeit des P. 52.
Polizeiverordnungen 46; — Gefahr als Voraussetzung von P. 46; — Regelung eines abstrakten Gegenstandes durch P. 48; — Wert der P. 48; — als Grundlage von polizeilichen Verfügungen 134; — s. Abhängigkeit, Abstraktheit, Ausnahmen, Bedingungen, Bindung, Dispensationen, Gegenstand, Gesetz, Grenze, Harmlose Fälle, Inhalt, Motiv, Neue Gebiete, Notwendigkeit, Objektive Eignung, Regelmäßige Zustände, Ungefährliche Fälle, Ungültigkeit, Unterschied, Unzulässiger Zweck, Verwaltungsrichter, Voraussetzungen, Widerspruch, Zweck.
Polizeiverordnungsrecht s. Ermessen.
Polizeiverwaltung s. Gesetzgebende Macht.
Polizeiverwaltungsgesetz, Beweggründe zum Erlasse des P. 116.
Polizeivorschriften, Inhalt bezw. Nichtinhalt von P. 280.
Polizeiwidriger Zustand, Beseitigung eines solchen 118, 121, 129; — Einschreiten gegen einen solchen 128; — Duldung eines solchen 133; — s. Anhörung.
Polizeiwidrige Zustände, Verhütung solcher 40.
Polizeiwidrigkeit eines Tatbestandes 52; — inwieweit durch eine Inanspruchnahmeverfügung zu beseitigen 408.
Popularklage 90, 93, 335, 431.
Posen 415.
Postwesen, Verordnungen im Gebiete des P. 355.
Präsidentschafts-Republik 325.
Präventive Tätigkeit der Polizei 44.
Privates Recht s. Berührungspunkte.
Privatgesellschaft s. Erlaubte Pr.
Privatrecht, Geltendmachung eines P. in Fällen der Inanspruchnahme 401; — das den öffentlichen Verkehr ausschließt oder beeinträchtigt 408.
Privatrechtliches Dienstverhältnis, Absicht, ein solches zu begründen 256.
Privatweg 402; — s. Umwandlung.
Probe, Anstellung auf Pr. 459.
Professoren, Honorareinnahme der Pr. 360; — s. Witwenbezüge.
Prozeßagenten 242.
Prozeßfähigkeit 241.
Publikation s. Verordnungen.
Publikum im Sinne von § 10 II 17 ALR. 3.

Querulationsstoff 467.

Rassenhygiene 202.
Rathaus, Errichtung eines R. 340.
Raub auf einem öffentlichen Wege 396.
Räumung einer Fläche von darauf gelagerten Gegenständen 409.
Rechte des Einzelnen, wann durch die Verwaltungsbehörde verletzt 105.
Rechtlich geschützte Interessen eines Individuums 92.
Rechtliche Voraussetzungen für Ermessenserwägungen der Polizei 135.
Rechtsanwälte, Gebühren der R. 246.
Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof 241; — s. Frist, Verwertung, Zurückweisung.
Rechtsbildung s. Illegitime R.
Rechtsfähigkeit s. Verein.
Rechtsgeschäft im Sinne des bürgerlichen Rechtes 249.
Rechtshilfe 449.
Rechtskraft 168 f., 244, 413, 441, 448, 460, 462; — s. Fürsorgezögling.
Rechtskräftiges Gerichtsurteil 443, 445.
Rechtskreis, Rechtswidriger Eingriff in den R. eines Einzelnen als Voraussetzung der Anfechtung polizeilicher Verfügungen 92.
Rechtsmittel in Besitzsteuersachen 170.
Rechtsmittelbelehrungen, Unrichtige 422.
Rechtsnorm, Verstoß einer polizeilichen Verfügung gegen eine R., deren Nichtbeachtung eine Verletzung des Klägers in seinen Rechten bedeutet 149; — Erlaß solcher durch die Exekutive im Universitätswesen 351; — Universitäts- und Fakultätsstatuten als solche 353.
Rechtsordnung, Fortwirkung einer alten R. 370; — s. Bürgerliche R.

Digitized by Google

Rechtsperſönlichkeit, Rechtsfähigkeit 368.
Rechtspflege ſ. Anſehen.
Rechtspflichten, die ſittlich gleichgültig ſind 317.
Rechtſprechung ſ. Mißtrauen.
Rechtsſchutz in Verwaltungsſachen 295, 325.
Rechtsſphäre oder Rechtsgebiet des Klägers, Eingriff in dieſelben 94.
Rechtsſtaat 114, 117, 227, 252, 290, 292.
Rechtsſtaatsgedanke 268 f.
Rechtsſtudium, Veräußerlichung und Verflachung des R. 152.
Rechtsverordnungen 293.
Rechtsweg 348, 378, 457, 459; — Zuläſſigkeit in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen 68; — Erweiterung des R. 360.
Rechtswidrigkeit einer polizeilichen Verfügung 88, 92, 119; — als Vorausſetzung für die Anfechtung einer polizeilichen Verfügung 95.
Rechtszweck des Staates 279.
Reflexrechte 317.
Reform ſ. Verwaltungsreform.
Reformatio in pejus 461; — ſ. Ungunſten.
Regelmäßige Zuſtände, Rechnen der Polizeiverordnung mit ſolchen 55.
Regelwidrigkeit der polizeirechtlichen Gefahr 31.
Rehabilitierung von Beamten 465.
Reibungen im geſellſchaftlichen Zuſammenleben 8.
Reichsabgabengeſetze ſ. Auslegung.
Reichsbank 303.
Reichsbeamtenhinterbliebenengeſetz 195.
Reichsfinanzhof, Verfahren vor dem R. 239 ff.; — ſ. Anſchlußbeſchwerde, Aufhebung, Beſcheid, Beſchlußverfahren, Bevollmächtigte, Beweiserhebungen, Ermittlungen, Freie Überzeugung, Friſt, Gebühren, Geſchäftsordnung, Geſchäftsſtelle, Gutachten, Hilfsrichter, Koſten, Koſtenweſen, Mündliche Verhandlung, Öffentlichkeit, Rechtsbeſchwerde, Spruchverfahren, Ungunſten, Urteil, Vereinigte Senate, Verfahrensmängel, Verwerfung, Zurückweiſung.
Reichsgericht 240, 247, 289, 307, 378, 389.
Reichs-Geſetzblatt, Verkündung im RGBl. 315.
Reichskanzler 154.
Reichspräſident 241.
Reichsrecht als Verwaltungsrechtsquelle 311.
Reichsſtaatsrecht 151, 327.
Reichstag 153 f.
Reichstagsauflöſung 103.
Reichsverfaſſung, Die ältere 436.
Reichsverſicherungsordnung, Beſeitigung der §§ 1294, 1295 RVO. 198, 200.
Reinigung eines öffentlichen Weges 408, 410.
Reiten über landwirtſchaftliche Grundſtücke 218.
Rekurs wegen Machtüberſchreitung im franzöſiſchen Rechte 79.
Religion 12.
Republik ſ. Präſidentſchafts-Republik.
Republikaniſche Staatsform 325.
Rettung aus einem brennenden Hauſe 380.
Reviſion in Strafſachen 441.
Revolution vom 9. November 327 f.
Richteramt, Befähigung zum R. 240, 439.
Rohr, Schneiden von R. 212.
Rückwirkende Kraft des neuen Rechtes 369 f.; — ſ. Neues Recht.
Rügen 460.
Ruhe, Erhaltung der öffentlichen R. als ſich deckend mit der Abwendung von Gefahren 4.

Sachverſtändige, Zuziehung von S. 41, 43; — in Steuerſachen 223; — Gebühren der S. 246; — Befragung als S. 344.
Sachverſtändigengutachten als Grundlage polizeilichen Verlangens 140.
Sackgaſſe 335.
Schaden, der befürchtet wird 6; — Herbeiführung eines Sch. als Inhalt der Gefahr 15; — Beurteilung der Möglichkeit eines Sch. als Gefahr 20; — der durch irrtümliche Annahme der Gültigkeit einer Willenserklärung entſtanden iſt 260; — ſ. Bedingungen, Beſorgnis, Eintritt, Ermeſſen, Furcht, Intereſſenabwägung, Maſchinen, Möglichkeit, Objektive Möglichkeit, Ungewöhnliche Umſtände, Verhältnis, Wahrſcheinlichkeit, Zeitdauer.
Schadenserſatz 238; — gemäß §§ 823, 31 BGB. 380.
Schädlinge der Tier- und Pflanzenwelt, Bekämpfung ſolcher 220.

Digitized by Google

Schaffung eines neuen öffentlichen Weges 409.
Schankstätten s. Bedürfnisfrage.
Schaufenster, Inhalt des Sch. 120.
Schauspiel, Gefährdung der Ordnung und Sicherheit durch ein Sch. 3.
Schaustellungen, Kinder bei Sch. in Gast- und Schankwirtschaften 61.
Schein 249.
Scheingeschäft 264.
Scherz 249, 264.
Schießplatz 23, 27, 30.
Schikane 137 ff., 140, 142.
Schilf, Schneiden von Sch. 212.
Schlägerei 444.
Schlechte Gesellschaft 444.
Schlechtere Behandlung des Klägers als anderer. 143.
Schlüssige Handlungen 398.
Schönheitssinn, Befriedigung des Sch. 340.
Schranke gegen polizeiliche Übergriffe 50.
Schreibfehler 254.
Schreibweise s. Ungebührliche Schr.
Schuldenabzug bei der Besitzsteuer 176.
Schulen, Erhaltung von Sch. 268.
Schulpflicht 276.
Schulunterhaltung s. Volksschulunterhaltung.
Schulweg 397.
Schulzwang, Schulgeld 356.
Schutt, Werfen auf fremde Grundstücke 219.
Schweigen des Gesetzgebers 366.
Schwurgerichte 448.
See s. Gewerbliche Zwecke, Verkehrsstraße.
Seebad 83.
Selbsterkenntnis 467.
Selbstverwaltungskörper als Rechtssubjekte des öffentlichen Rechtes 304.
Sexuelle Verfehlungen eines Beamten 452.
Sicherheit, Erhaltung der S. als Inhalt der Abwendung von Gefahren 3; — Erhaltung der öffentlichen S. als sich deckend mit der Abwendung von Gefahren 4.
Sicherheitspolizei 2.
Siedlungswesen 318 f.
Sittlicher Zustand des einzelnen Menschen 11.
Sittlichkeit 12, 61; — Schutz der S. 280.
Sittlichkeitsvergehen an Kindern 445.
Sitz s. Verlegung.
Sorglosigkeit der Menschen 23, 43.
Souverän 302.
Soziale Fürsorge als Staatszweck 279.
Sozialisierung 282, 318.
Spartakusunruhen 432.
Sperrung s. Wege.
Sperrvorrichtungen 411; — Beseitigung solcher 408.
Spiritus, Lagerung von Sp. 120.
Spruchverfahren vor dem Reichsfinanzhofe 241.
Staat, Schutz vor Erschütterungen und Störungen im Innern 12; — Entschädigung bei Einziehung von Wegen durch den St. 339; — ob als Träger obrigkeitlicher Gewalt erscheinend 379; — s. Subjektive öffentliche Rechte.
Staatenausschuß 241.
Staatliche Umwälzung 311, 313.
Staatsakt s. Mangelhafter St.
Staatsanwaltschaft, Verhalten in Disziplinarangelegenheiten 441.
Staatsaufsicht 305.
Staatsform s. Übergang.
Staatshoheitliche Akte, die ein Dritter bis zu der Anfechtung seiner Anstellung vorgenommen hat 259.
Staatskasse, Zahlung an die St. 317.
Staatsministerium 445, 448.
Staatsnotrecht 272.
Staatsrecht, Einheitliches inneres 350; — s. Reichsstaatsrecht.
Staatsumwälzung 327 f.
Staatszweck und öffentliches Interesse 268 f.
Staatszwecke, Verwirklichung der St. 288.
Standesgemäßer Unterhalt 204.
Standesgenossen des abzuurteilenden Beamten, Heranziehung im Disziplinarverfahren 440.
Standfestigkeit 65; — Zweifel über die St. eines Gebäudes 42.
Statuten, Genehmigung bezw. Erlaß und Abänderung 351.
Staubecken 213.
Steine, Werfen auf fremde Grundstücke 219.
Stettin 381.
Steuer- und Feststellungsbescheid bei der Besitzsteuer 170.
Steuererlaß bei der Besitzsteuer von Ehegatten 180.
Steuerflucht 244.

Digitized by Google

Steuerkraft, Erhaltung oder Vermehrung der St. 340.
Steuerprivileg der Beamten 186.
Steuersatz bei der Besitzsteuer 171.
Strafbare Handlung, zu deren Tatbestand die Entstehung einer Gefahr gehört 45.
Strafbare Handlungen, Ankündigung solcher 40.
Strafgerichte s. Freisprechung.
Strafprozeß s. Zivilprozeß.
Strafrichter, Ob dem Str. der Vortritt vor dem Disziplinarrichter gebührt 442, 444; — s. Bindung, Widerspruch.
Strafsachen s. Revision.
Strafurteil, das den Verlust eines Amtes zur Folge hat 443.
Strafverfahren s. Abhängigkeit, Gleichzeitigkeit, Verbindung.
Strafversetzung 449 f.; — im Verfügungswege 453.
Strafregisterbehörde s. Versehen.
Strafverfügung s. Polizeiliche Str.
Strandkörbe 144.
Straßen, Verkehr auf öffentlichen Str. 48; — Benutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs 93; — Verbreiterung der in neue Str. einmündenden Str. 120; — Bauen in die Str. 132; — s. Ankündigungsmittel, Wasserleitungsrohre.
Straßen und Straßenunterhaltung 298.
Straßenbeleuchtung 132.
Straßenfluchtlinie s. Baufluchtlinie.
Straßenkrawall 37, 39.
Straßenlaternen s. Chausseestrecken.
Streik-Patent 130.
Streitgegenstand s. Wert.
Strom, Jagdrechtliche Bedeutung eines Str. 213, 216.
Strombauten s. Fischereirecht.
Studierende, Rechtsverhältnisse der St. 359.
Subjektive öffentliche Rechte 127; — wann gegeben 92; — der Untertanen 294, 303; — des Staates gegen Untertanen 294.
Subjektive Rechte 338; — Verletzung solcher 55; — Verletzung als Voraussetzung des Verwaltungsstreitverfahrens 91; — Verletzung solcher als Klagevoraussetzung 94.
Suspension vom Amte 441, 452, 453.
Systematische Bearbeitungen des Verwaltungsrechts 308, 310, 312.
Tadelhafte Führung 460.
Tafeln s. Verbotstafeln, Warnungstafeln.
Tanzlustbarkeiten 148.
Tatbestandsfeststellung 89.
Tateinheit, Tatmehrheit 462.
Tatfrage, Überprüfung durch das Verwaltungsgericht bei polizeilichen Verfügungen 90.
Tatsächliche Voraussetzungen für Ermessenserwägungen der Polizei 135; — einer Verfügung 141 f.
Tauglichkeit des Mittels zur Abwehr einer Gefahr 80.
Täuschung, Anfechtung des Verwaltungsakts wegen T. 260; — Voraussetzungen der Anfechtung der Beamtenanstellung wegen T. 262; — s. Arglistige T.
Technik, deren Ausübung die Möglichkeit einer Verletzung schafft 27.
Teilpension für einen durch Kündigung entlassenen Beamten 458.
Telegraphenwesen, Verordnungen im Gebiete des T. 355.
Teppichklopfen 82.
Theater, Beleuchtung im Th. 64.
Theateraufführungen, Einschreiten gegen Th. 3.
Theaterstück, Erlaubnis zur Aufführung eines Th. 54.
Theaterzensur 3.
Tiere, Halten von T. 27; — Beschädigungen durch unbefugt weidende und unbeaufsichtigte T. 218.
Tod eines Ehegatten 183; — eines Beamten 205; — eines Mittellosen 377.
Tor, Aufschlagen des T. eines Anliegers über den Bürgersteig 399.
Torfgruben 219.
Totenbett, Eheschließung durch Beamte auf dem T. 191, 204.
Tötung mit Einwilligung 317.
Tränken von Vieh 212.
Transport, Beschädigung eines Tr. 46.
Transportgefährdung 46.
Trennung des Zusammenhanges in jagdrechtlicher Beziehung 216; — der Gewalten 290; — s. Vorübergehende Tr.
Trennungsflächen, Unzulässigkeit der Bildung von Eigenjagdbezirken aus Tr. 214.
Treppenbeleuchtung 132.
Treppenvorbau 415.
Treu und Glauben 156.

Digitized by Google

Trunkenheit 444.
Tumultschäden 432.
Türen s. Kinematographentheater.

Übel, Drohen eines ernsten Ü. 7; — das einen Durchschnittsmenschen zu beeinflussen geeignet ist 263.
Überbau 415.
Überfahrt (Überbrückung) 401.
Übergang in eine von dem vorigen Stande abstehende Staatsform 278.
Überschuldung eines Ehegatten 172.
Überzeugung s. Freie Ü.
Umsatzsteuer 166, 314 f.; — s. Grundstücksumsatzsteuer.
Umwandlung der freien Wassergenossenschaften in öffentlich-rechtliche Genossenschaften 375; — eines Privatwegs in einen öffentlichen 397.
Umweg 338; — Erforderlichkeit eines U. 335.
Umzugskosten 450 ff.
Unbequemlichkeiten 9, 337; — ob polizeiliches Einschreiten rechtfertigend 7.
Unbestimmtheit des Begriffs der Gefahr 34, 36.
Uneheliche Kinder 383.
Unentbehrlichkeit des öffentlichen Weges 397; — der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 417.
Unerlaubte Entfernung vom Amte 458.
Unerlaubte Handlungen 400.
Unfreiheit des Willens des Erklärenden 263.
Ungebührliche Schreibweise in Eingaben 240.
Ungefährliche Fälle, ob eine Polizeiverordnung solche umfaßt 55.
Ungerechtfertigte Bereicherung 238, 258, 380, 384, 387, 388.
Ungewöhnliche Umstände, deren Hinzutritt einen Schaden erzeugt 23.
Ungewöhnliche Verkettung von Umständen 23.
Ungültigkeit einer Polizeiverordnung 59.
Ungunsten, Abänderung zu U. durch den Reichsfinanzhof 243.
Ungünstiger Bericht über einen Beamten 464.
Universitäten 303; — Korporationsnatur der preußischen U. 164.
Universitätsstatuten, Erlaß und Änderung solcher 349 f.
Universitätsstatuten, -gesetze 226.
Unkraut, Säen von U. 219; — Bekämpfung von U. 319.
Unkräuter, Beseitigung von U. 220.
Unland 219.
Unmittelbarkeit der Gefahr 25; — im Disziplinarverfahren 439.
Unparteilichkeit eines Beamten 259.
Unrat, Werfen auf fremde Grundstücke 219.
Unrecht, zu U. erfolgte Zusammenrechnung des Vermögens von Ehegatten (Besitzsteuer) 182; — Vorteil, der zu U. bestanden hat 342.
Unrichtige Angaben, Erwerb von Rechtsvorteilen durch u. A. 261; — die für die Anstellung eines Beamten maßgebend waren 261; — deren Unrichtigkeit dem Geschäftsgegner des Erklärenden unbekannt blieb 262; — Rechtserfolge, die man auf Grund solcher erlangt hat, wenn sie in bestem Glauben und in bester Absicht gemacht sind 262.
Unrichtigkeit von Tatsachen, die den Erlaß eines Verwaltungsakts bestimmt haben 261.
Untere Beamte, Zuziehung bei Disziplinarverfahren 440.
Untergang des Staates 278.
Unterhalt s. Standesgemäßer U.
Unterricht der Volksmassen 275.
Unterrichtswesen, Vorbehalt einer Regelung des U. in der Verfassung 353; — Anordnungen der Staatsregierung im Gebiete des U. 357.
Unterschied zwischen einer Polizeiverordnung und einer polizeilichen Verfügung 49.
Unterschlagung 462.
Unterstützungswohnsitzgesetz, s. Ersatz, Erstattung, Verjährungsfrist.
Untersuchung im Disziplinarverfahren 441.
Untersuchungsmaxime 233, 343, 414, 429.
Unvordenkliche Zeit 415, 420.
Unvorsichtigkeit 14, 43.
Unzucht 317.
Unzufriedenheit mit dem bestehenden Rechtszustande 416.
Unzulässiger Zweck, Polizeiverordnung, die einen solchen verfolgt 59.
Unzuträglichkeiten, mit denen eine ganze Art von Handlungen verbunden ist 53.
Urheber, Polizeiliches Einschreiten

Digitized by Google

gegen den U. eines polizeiwidrigen Zustandes 22.
Urkunden, Vorlegung durch Beteiligte 242.
Urkundenfälschung 455.
Urlaub für Beamte 456.
Ursächlicher Zusammenhang 15, 344.
Ursprung der polizeirechtlichen Gefahr 14.
Urteil s. Bedingtes U.
Urteile des Reichsfinanzhofs 243; — über die Leistungen und Fähigkeiten von Beamten 467.

Vaterlandsliebe 12.
Veränderung (Verbreiterung) eines öffentlichen Weges 397.
Verband der preußischen Landkreise 161.
Verbindung von Streitsachen 348; — von Straf- und Disziplinarverfahren 447.
Verbote, wann gerechtfertigt 57.
Verbotene Eigenmacht 400.
Verbotstafeln 409.
Verbrecher, Festnahme eines V. 380.
Verein ohne Rechtsfähigkeit 362 f., 374.
Vereine, bei denen die Mitgliedschaft auf dem Eigentum an einem Grundstück beruht 368.
Vereinfachung der Verwaltung 233.
Vereinigte Senate des Reichsfinanzhofs 245; — Entscheidungen der v. S. des Reichsfinanzhofs 240.
Vereinsgesetz für Preußen und das Reich 4.
Verfahrensmängel vor dem Reichsfinanzhofe 242.
Verfassungswandlung ohne Verfassungsänderung 293.
Verfehlungen vor der Aufnahme in das Beamtenverhältnis 438.
Verfügung s. Polizeiliche V.
Verführung eines Mädchens 444.
Vergrößerung einer Gefahr 78.
Vergütung, Irrtum über die V., die ein Beamter erhalten soll 256; — im Falle der erfolgreichen Anfechtung einer Beamtenanstellung 258.
Verhältnis der Größe des zu befürchtenden Schadens zu der Größe des Schadens, der durch Abwehr der Gefahr entsteht 28.
Verhandlungsmaxime 457.
Verjährung 420; — bei der Besitzsteuer von Ehegatten 181; — der Ersatzansprüche der Armenverbände gegen Dritte 377 f.; — des Anspruchs eines Dritten gegen den Armenverband 387; — von Dienstvergehen 463.
Verjährungsfrist des § 30a des Unterstützungswohnsitzgesetzes 389.
Verkäufe eines Beamten für den anstellenden Verband 259.
Verkaufswert, Verringerung bei Grundstücken 338.
Verkehr, Erhaltung der Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des auf dem Wege stattfindenden V. 396; — s. Öffentlicher V.
Verkehrsstörungen, Möglichkeit von V. 80.
Verkehrsstraße, See, der als solche dient 213.
Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft nach Preußen 222.
Verminderung des Wertes eines Gutes 9; — einer Gefahr 78.
Vermögen 9 ff.; — s. Anfangsvermögen.
Vernichtung eines Gutes 9.
Verordnungen, Publikation von V. 315; — Universitätsstatuten als königliche, Fakultätsstatuten als ministerielle V. 350; — Ermächtigung der Exekutive zu V. in vorkonstitutionellen Gesetzen 351; — s. Gesetzgebung, Kaiserliche V., Rechtsverordnungen, Verwaltungsverordnungen.
Verordnungsgewalt des Staates 279.
Verordnungsweg für Universitäts- und Fakultätsstatuten 355.
Versammlung, Verbot der Abhaltung einer V. 144.
Verschiedenartige Behandlung des Klägers und anderer 144.
Verschleppung im Disziplinarverfahren 441, 447, 449.
Verschönerung eines öffentlichen Weges 396.
Verschreiben, Versprechen 254.
Verschulden eines Geschäftsbeteiligten als Rechtsgrund für die Zulassung der Anfechtung 262.
Versehen der Strafregisterbehörde 256.
Versetzung im dienstlichen Interesse 451 ff.; — s. Niedrigeres Amt, Strafversetzung.
Verstaatlichung 268, 281.
Verständige Ausübung der dem polizeilichen Gesetzgeber erteilten Ermächtigung 78.

Digitized by Google

Verteidigung, Kosten der V. 442.
Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden 62; — einer landschaftlich hervorragenden Gegend oder des Ortsbildes 112.
Verwaltung, Begriff der V. 269, 272, 288; — s. Gesetzmäßige V.
Verwaltungsakt 293.
Verwaltungsgerichte, Entscheidung über bürgerlichrechtliche Verhältnisse durch die V. 428.
Verwaltungsgerichtsbarkeit 326.
Verwaltungslehre 290.
Verwaltungsorganismus, Verwaltungsgesetzgebung, Umstellung auf eine ganz neue Zeit 283 f.
Verwaltungsrecht, Umgrenzung des V. 289.
Verwaltungsrechtsfälle 331.
Verwaltungsrechtswissenschaft, Aufgabe der V. 289.
Verwaltungsreform 283, 312.
Verwaltungsrichter, Aufgabe bei Prüfung polizeilicher Anordnungen 45; — Aufgabe bei Anfechtung einer polizeilichen Verfügung und bei Anwendung einer Polizeiverordnung 76.
Verwaltungsstreitverfahren gemäß der Gesetze vom 3. Juli 1916 229; — Eigenschaft als V. 244; — wegen der Einziehung eines Weges 344 f.; — ob es einem Beschlußverfahren aufgepfropft werden soll 346; — gegenüber der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 403, 410, 422, 427 f., 429.
Verwaltungsverordnungen 293.
Verwandte, Ersatzansprüche von Armenverbänden gegen V. 389.
Verweise 460.
Verwerfung der Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof 242.
Verzeichnis der vorhandenen Wege in Schleswig-Holstein und Hannover 423; — im Herzogtume Lauenburg und in der Rheinprovinz 424; — in Ostpreußen, Westpreußen und Posen 424.
Verzicht 240; — eines Beamten auf Titel, Diensteinkommen und Ruhegehalt 453; — eines Beamten auf den bisherigen höheren Rang 454.
Verzug bei der Besitzsteuer von Ehegatten 181; — s. Annahmeverzug, Gläubigerverzug.
Viehtreiben 218.
Viehweiden 219 f.
Vogelschutz 220.
Volksgesundheit, Sorge um die V. 275.
Volksschulunterhaltungspflicht, Regelung durch Gesetz 358.
Völlerei, Förderung der V. 61, 109.
Vollmacht 241.
Vollstreckung anläßlich einer Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 410.
Voraussetzungen einer Polizeiverordnung und einer polizeilichen Verfügung 51; — für die Anfechtungsklage gegen polizeiliche Verfügungen 86; — der Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr 399, 412.
Vorbehalt des Gesetzes 356; — s. Geheimer V., Gesetz.
Vorbehaltsgut 170 ff., 181.
Vorgärten 56, 132.
Vorkonstitutionelle Ermächtigungen für die Behörden, ob fortgeltend 115 f.
Vorplatz 397.
Vorsichtsmaßregeln, Anordnung solcher 42.
Vorsitz bei Disziplinargerichten 439.
Vorspiegelung falscher Tatsachen 260.
Vorstrafen, Unzutreffende Annahme von V. 98; — die unbekannt geblieben sind 257.
Vorteil s. Absicht, Gemeingebrauch.
Vorübergehende Trennung von Ehegatten 179.
Vorübergehender Zweck einer Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 399.

Waffenverkauf 80 f.
Wahl der Polizeibehörde unter mehreren gleichwertigen Mitteln 56, 67.
Wahlrecht, Kommunales 158.
Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Übels 20; — des Eintritts eines Schadens 26 f., 29, 30, 57, 64.
Waisengeld, Höhe des W. 186 f., 201; — Entrichtung durch die Beamten 194.
Waldbau 219.
Warenhäuser 65.
Warnungen 460.
Warnungstafeln, welche das Betreten einer Fläche verbieten 401.
Wasser, dessen Genuß die Gesundheit gefährdet 37; — dessen Verwen-

Digitized by Google

dung zu gewissen Zwecken ungefährlich ist 38; — Untersuchung von W. 43.
Wasserbücher 298, 423.
Wassergenossenschaften s. Aufhebung, Beseitigung, Liquidation, Umwandlung.
Wassergenossenschaftsgesetz vom 1. April 1879, Freie Genossenschaften dieses G. 362.
Wassergenossenschaftsregister, Eintragung und Löschung 375.
Wasserleitung, Anschluß an eine W. 56, 65, 78.
Wasserleitungsrohre, Einlegung in Straßen 122.
Wassernutzung 220.
Wasserrecht, Entschädigungsansprüche im Gebiete des W. 301.
Wege, Bau und Unterhaltung, Einziehung und Verlegung von öffentlichen W. 110; — Eigentum an öffentlichen W. 164, 435; — Sperrung für den öffentlichen Verkehr 220; — Einziehung oder Verlegung von W. 237, 334 f.; — Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 394 f.; — s. Änderung, Ausdehnung, Beschränkte Öffentlichkeit, Dauer, Eigentum, Einverständnis, Einziehung, Entschädigung, Feststellung, Fortsetzung, Gemeingebrauch, Gründe, Klage, Kosten, Notwendigkeit, Nutzen, Öffentlicher Weg, Öffentlichkeit, Reinigung, Schaffung, Staat, Unentbehrlichkeit, Veränderung, Verschönerung, Verwaltungsstreitverfahren, Verzeichnis, Wiederholung, Zubehörungen, Zugangsweg.
Wegebauleistungen, Anordnung von W. zusammen mit einer Inanspruchnahme 410.
Wegebaupolizeibehörde 396.
Wegebaupolizeiliche Verfügung s. Künftige Schäden.
Wegebücher 425, 427.
Wegeeinrichtungen, Entwertung von W. 220.
Wegepolizeibehörde 396; — s. Einspruch, Wille.
Wegesperrung 119.
Wegeunterhaltung 425.
Wegeunterhaltungskosten, Ersatz solcher 398.
Wegeverzeichnisse 427.
Wegfall der Gesamthaftung von Ehegatten 182.
Wehrbeitrag 173.
Wehrpflicht 276.
Weidenutzung 219
Weisungen für Handhabung des polizeilichen Ermessens 136.
Wert des bedrohten Gutes 26 f.; — des gefährdeten Gutes 57, 64; — des Streitgegenstandes 243, 245; — s. Verkaufswert, Verminderung.
Wesen der Polizei 46.
Widerruf, Anstellung auf W. 459.
Widerspruch einer Polizeiverordnung mit den wirklichen Verhältnissen und den Bedürfnissen des Lebens 80; — in den Erkenntnissen des Disziplinar- und des Strafrichterers 446 f.
Widmung eines Weges zum öffentlichen Verkehre 397.
Wiederaufhebung der Beamteneigenschaft 252.
Wiederaufnahme des Verfahrens 243, 438, 445, 446; — gegen rechtskräftige Ordnungsstrafen 462.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 243, 404, 422.
Wiederanstellung als Beamter 455.
Wiederholung der Störung des Verkehrs auf einem Wege 398; — der Beweisaufnahme im Disziplinarverfahren 449.
Wiesenanlagen 340.
Wiesenbau 219.
Wilde Tiere, Schaustellung solcher 23, 27.
Wille des Armenverbandes 388 f., 388; — Zahlung durch einen Dritten, die nicht dem W. des Schuldners entspricht 384; — der Wegepolizeibehörde 398; — des Gesetzes 363 f., 366.
Willenserklärungen 238; — s. Anfechtbarkeit.
Willkür 36, 137, 139 ff., 142 f.; — der Polizei 33.
Wirtschaftserschwernisse 338.
Witterungsverhältnisse 397.
Witwen s. Beamtenwitwen.
Witwen- und Waisenbezüge der Professoren 357.
Witwengeld, Höhe des W. 186 f.; — Anwachsen des gekürzten W. 196; — Kürzung bei der um 15—25 Jahre jüngeren Witwe 201 f.; — Verwendung auch für die Kinder 203; — Erschleichung durch Heirat mit einem alten Beamten 203 f.

Digitized by Google

Witwengeldbeiträge, Entrichtung durch die Beamten 194.
Witwen- und Waisengeld 197.
Wohl, s. Allgemeines W., Gemeinwohl, Öffentliches W.
Wohlerworbene Rechte 93, 367.
Wohlfahrt, Förderung der W. 59.
Wohlfahrtspolizei 2.
Wohlfahrtszweck 84.
Wohnsitz 237.
Wohnungsgesetz 48.

Zaun 119, 398, 400.
Zeitdauer bis zum Eintritt eines Schadens 24.
Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens als entscheidend für die Erkennbarkeit einer Gefahr 44; — als maßgebend für Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse 44; — nach dem die Inanspruchnahme im Verwaltungsstreitverfahren zu prüfen ist 405.
Zensur s. Filmzensur, Theaterzensur.
Zentralstelle für Volkswohlfahrt 185.
Zeugen, Beeidigung von Z. 242; — Gebühren der Z. 246, 318; — Befragung als Z. 344; — im Disziplinarverfahren 442.
Zeugenvernehmungen 143, 449.
Zivil- und Strafprozeß, Verschiedene Beurteilung in diesem und jenem 446.
Zivilprozessuales Verfahren, ob zu begründen 428.
Zubehörungen zu Wegen 396.
Zufälle 14.
Zugangsweg, Entziehung des Z. 335.
Zukunft, Ob der polizeiliche Schutz gegen Gefahren sich auf die nahe Z. beschränkt 24.
Zurücknahme der Beamtenanstellung 258; — der Inanspruchnahmeverfügung 405.
Zurückverweisung im Disziplinarverfahren 449.
Zurückweisung der Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof 242.
Zusammenhang, bezüglich der Bildung von Eigenjagdbezirken 211, 213, 215; — s. Trennung, Ursächlicher Z.
Zusammensetzung der Disziplinargerichtshöfe 439.
Zuständigkeit zur Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr 418.
Zuverlässigkeit im Sinne von Vorschriften der Gewerbeordnung 112.
Zuwachs, Höhe des steuerbaren Z. bei Ehegatten 173.
Zwang zur Anstellung als Beamter 263.
Zwangsetatisierung 159 f.
Zwangsvollstreckung gegen Kommunalverbände 159; — in das Vermögen einer Ehefrau 181.
Zweckmäßigkeit 131; — einer polizeilichen Vorschrift 66; — Rücksichten der Zw. 104; — einer polizeilichen Verfügung 150.
Zweckverbände 321 f.
Zwischenurteil 243.

II. Verzeichnis der besprochenen Schriften.

(Die Namen der Herren Berichterstatter sind in Klammern beigefügt).

Backhaus, Agrarreform (Herr Professor Dr. Franz Dochow in Heidelberg) 318.

Berner, Das Kirchenregiment in der altpreußischen Landeskirche. (Herr Geh. Justizrat Professor Dr. Schoen in Göttingen) 319.

Ebner, Die Preußischen Jagdgesetze in ihrer gegenwärtigen Fassung, 7. Aufl. (v. Keil) 436.

Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, 38. Bd. Heft 1 (Dr. Schultzenstein) 165.

Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle 2. Aufl. (Dr. Schultzenstein) 331.

Friedländer, Das preußische Tumultschadengesetz (Herr Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Lindenau in Berlin) 432.

Friedrichs, Eigentum an öffentlichen Wegen (Dr. Schultzenstein) 164.

Fuisting-Strutz, Das Preußische Einkommensteuergesetz (Herr Oberverwaltungsgerichtsrat Michaelis in Berlin-Wilmersdorf) 221.

Digitized by Google

v. Hassell, Die Einrichtungen der preußischen Landkreise auf dem Gebiete der Kriegswirtschaft (Herr Professor Dr. Dochow in Heidelberg) 160.
Heilfron, Die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden (Dr. Schultzenstein) 228.
Hellwig, Entwurf eines Jugendfürsorgegesetzes (Herr Justizrat Dr. Friedrichs in Düsseldorf) 224.
Hellwig, Justizirrtümer (Dr. Schultzenstein) 230.
Hubrich, Der Legalcharakter der preußischen Universitätsstatuten und die Notwendigkeit eines neuen Universitätsgesetzes (Dr. Schultzenstein) 226.
Hubrich, Die Korporationsnatur der preußischen Universitäten (Dr. Schultzenstein) 164.
Hummel, Die Aufrechnung im öffentlichen Rechte (Dr. Schultzenstein) 161.
Jahrbuch der Rechtsprechung und Rechtslehre. Herausgegeben von Soergel, Warneyer und Becker. (Dr. Schultzenstein) 331.
Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft (Dr. Schultzenstein) 322.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 2. Band, Vermögensrecht, 2. Teil: Sachenrecht (Dr. Schultzenstein) 434.
Laun, Zum Neuaufbau Deutschösterreichs und des neuen Deutschlands (Dr. Schultzenstein) 324.
Lindemann, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz (v. Keil) 166.
Lion, Die Grundstücks-Umsatzsteuer Dr. Schultzenstein) 232.*)
Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht (Herr Privatdozent Dr. Bühler in Breslau) 283.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts (Herr Prof. Dr. Wolzendorff in Halle) 151.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 3. Teil [Schluß] (v. Keil) 326.
Mohn, Preußisches Verwaltungsrecht (Herr Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Lindenau in Berlin) 223.
Mohn, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Band (v. Keil) 437.
Neuwiem, Die kommunalen Zweckverbände in Preußen (Herr Geh. Justizrat Prof. Dr. Schoen in Göttingen) 321.
Pfeiffer, Das kommunale Wahlrecht in den deutschen Bundesstaaten (Herr Geh. Justizrat Prof. Dr. Schoen in Göttingen) 158.
Popitz, Kommentar zum Umsatzsteuergesetze vom 26. Juli 1918 (Herr Geh. Bergrat, Prof. Dr. Arndt in Charlottenburg) 314.
Rausnitz, Das neue Recht der Hausangestellten (Herr Geh. Justizrat, Kammergerichtsrat Dr. Delius in Berlin) 433.
Schelcher, Zur Lehre vom öffentlichen Eigentume (Dr. Schultzenstein) 235.
Schlutius, Rechtsprechung des OVG. auf dem Gebiete der Gemeindeeinkommensteuer (Dr. Schultzenstein) 330.
Somló, Juristische Grundlehre (Herr Justizrat Dr. Friedrichs in Düsseldorf) 315.
Stier-Somlo, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz (v. Keil) 166.
Waldecker, Die Zwangsvollstreckung gegen Kommunalverbände in Preußen (Herr Professor Dr. Stier-Somló in Cöln) 159.*)
Weinbach, Kommentar zum Umsatzsteuergesetze (v. Keil) 166.
Zorn, Die deutsche Reichsverfassung, 3. Aufl. (v. Keil) 436.

*) Siehe Umschlag zu Heft 3.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Mic
3 5112 102